

Nadie pierde:

La guarda y custodia compartida

Aspectos jurídico-procesales



Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

NADIE PIERDE:
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

NADIE PIERDE:
LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA
ASPECTOS JURÍDICO-PROCESALES

ROCÍO ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS
Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Justicia y Litigación
“Alonso Martínez”

DYKINSON

2018

© 2018 Rocío Zafra Espinosa de los Monteros
© 2018 José Luis Gómez Zafra, motivo de cubierta

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9148-786-9

D.L.: M-26052-2018

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/27225>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

*A mi maestro, Vicente C. Guzmán,
por confiar siempre en mis posibilidades*

*A José Luis,
por una locura del que nació el más bonito de los proyectos*

*A mis tesoros: Pepu, Gonzalo y Rocío,
que me ayudan cada día a dar lo mejor de mí misma*

No le evitéis a vuestros hijos las dificultades de la vida,
enseñadles más bien a superarlas.

(Louis Pasteur)

ÍNDICE

Abreviaturas	14
Introducción	15
CAPÍTULO I: EL CONFLICTO DE FAMILIA Y EL INTERÉS DE LOS MENORES	
I. INTRODUCCIÓN	20
II. EL CONFLICTO	21
1. Los elementos del conflicto	25
2. Las clases de conflicto	26
3. Los conflictos de pareja y de familia	30
III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	34
1. Regulación	35
2. Contenido	38
A. Derechos sustantivo y principio interpretativo fundamental	39
B. Norma de procedimiento	46
IV. MODELOS DE GESTIÓN DEL CONFLICTO	52
CAPÍTULO II: LA JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO DE FAMILIA	
I. INTRODUCCIÓN	56
II. EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL	57
1. Elementos comunes al procedimiento de divorcio	60
A. Especialidades del procedimiento de familia	61
B. Principio dispositivo y de justicia rogada	67
C. Órgano competente.	70
D. Duración del procedimiento	78
III. EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL: EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO	83
1. El proceso contradictorio	86
A. Iniciación del procedimiento	87
B. Respuesta del demandado	90
C. Contenido de la demanda o reconvención	92
D. Vistas	97
E. Sentencia	98
2. Procedimientos de mutuo acuerdo	98
A. Tramitación del procedimiento	98
a) Tramitación sin hijos menores	99
b) Tramitación con hijos menores	99

B. Consideración al convenio regulador	100
C. Sentencia	101
3. Las medidas provisionales	102
A. Medidas provisionales previas a la demanda	103
B. Medidas provisionales coetáneas a la demanda	105
C. Modificación de medidas	107
E. Ejecución forzosa de las medidas	110
CAPÍTULO III: EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO/OBJETO DEL DIVORCIO	
I. INTRODUCCIÓN	112
II. PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA: ACLAREMOS CONCEPTOS	113
1. Concepto de patria potestad	115
2. Titularidad de la patria potestad	120
3. Exclusión, extinción y privación de la patria potestad	120
4. Contenido de la patria potestad	124
5. Guarda y custodia	125
A. Diferentes escenarios	126
a. Patria potestad y guarda y custodia exclusiva	126
b. Patria potestad conjunta y guarda y custodia exclusiva	127
c. Patria potestad conjunta y guarda y custodia alterna	131
6. Deberes inherentes a la patria potestad y guarda y custodia	132
A. Pensión por alimentos	133
B. Vivienda familiar	136
C. Régimen de estancia y comunicación	139
III. LA AUDIENCIA AL MENOR	147
CAPÍTULO IV: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA	
I. INTRODUCCIÓN	153
II. SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA	155
1. La justificación de la custodia compartida en España	157
2. Cuando procede la custodia compartida	162
3. Evolución de la custodia compartida en España en cifras	166
4. Criterios para la determinación de la custodia compartida	174
A. Aptitudes personales de los progenitores	176
B. Deseos manifestados por los menores	179
C. Número de hijos	180
D. cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos	180
E. Cualquier otra	182

a) Distancia entre domicilios	182
b) Edad del menor	183
c) Disparidad de criterios a la hora de la educación	184
5. Reparto del tiempo. Régimen de estancia y comunicación.	185
6. Cargas familiares: cargas económicas	188
III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: UN MODELO A SEGUIR	190
1. Cataluña	192
2. Aragón	195
3. Valencia	196
4. País Vasco	198
5. Navarra	200
IV. HACIA DÓNDE VAMOS: EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL	201
 CAPÍTULO V: FACILITEMOS LAS COSAS. LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR A LOS CONFLICTOS DE PAREJA	
I. INTRODUCCIÓN	206
II. LA MEDIACIÓN	209
1. Ubicación de la mediación	213
A. Mediación extrajudicial	214
B. Mediación intrajudicial	215
C. La mala práctica de algunos juzgados	216
D. Utilización de la mediación en España	217
2. Los principios que inspiran la mediación	219
A. Voluntariedad y libre disposición	219
B. Igualdad de las partes e imparcialidad	221
C. Neutralidad	222
D. Confidencialidad	222
E. Otros principios	223
3. El procedimiento de mediación	223
A. Ámbito de aplicación	223
B. La estructura del procedimiento de mediación	225
II. HACIA DONDE DEBE IR LA MEDIACIÓN	232
1. Posibles inconvenientes	234
2. Ventajas que mejoran el sistema	238
III. UN PASO MÁS: EL DERECHO COLABORATIVO	240
 Bibliografía	247

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CCAA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
EM	Exposición de Motivos
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
OSI	Oficina de Señalamiento Inmediato
PEF	Punto de Encuentro Familiar
SAP	Síndrome de Alienación Parental
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La concepción tradicional de conflicto nos lleva a considerar su influencia negativa. Sin embargo, es necesario precisar que la existencia del conflicto es una manifestación de desarrollo personal y, su gestión es lo que genera la concepción negativa o positiva del mismo. Evidentemente, los conflictos de pareja, dado el componente emocional que conllevan, no son fáciles. No solo conciernen a las partes afectadas en él, en primera persona, sino que, por el contrario, este tipo de conflictos se extiende por todos los familiares directos. Pero lo preocupante es cuando afecta a los hijos menores o con las capacidades judicialmente completadas que están a cargo de la pareja.

La CE, en el artículo 39, dispensa protección a la familia, obligando a los padres a prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. De esta forma, los padres deben atender a las necesidades de sus hijos en todo orden de cosas: económicas, de habitación y, fundamentalmente, emocionales.

Al hilo de la cuestión, hay que tener presente que las obligaciones y derechos derivados del vínculo matrimonial o relación de pareja, son fruto del consentimiento prestado para comenzar la relación. Y su extinción, es fruto de una decisión voluntaria y consentida para las partes. Estos derechos y obligaciones nacen con el matrimonio o la pareja de hecho y cesan con su disolución. En cambio, con la paternidad, devienen una serie de derechos y obligaciones que no se extinguen con el cese de la convivencia.

La titularidad de la patria potestad, se tiene por el vínculo paterno-filial y existirá con independencia de que se conviva o no. No son derechos voluntarios sobre los que se pueda disponer. Su titularidad deviene de la paternidad.

En la sociedad actual, se reconocen diferentes manifestaciones de familia a las que afortunadamente, se les dota de una serie de derechos y obligaciones. Cuando en el seno de las familias, existen hijos menores, en caso de conflicto, es necesario que se les proteja.

Tradicionalmente, cuando una pareja decidía el cese de la convivencia, el cuidado de los hijos, es decir, la guarda y custodia, se reconocía de forma exclusiva a la madre. Sin perjuicio de que se concediera al padre un régimen de visitas. Esto era fruto del modelo de sociedad patriarcal en la que la madre, se quedaba en casa dedicada en exclusiva a las tareas domésticas y al cuidado de la familia.

No obstante, la incorporación de la mujer al mundo laboral, hace que la dedicación a la familia se haya distribuido entre la pareja. Cuando hay hijos menores, esta distribución se refiere, también, al cuidado de los hijos.

Es evidente que el cese de la convivencia conlleva un cambio en la vida del entorno familiar. Numerosos estudios han comprobado que el cese de la convivencia de los progenitores, puede afectar a los hijos menores de edad. De este modo, las investigaciones empíricas han dado como resultado que el divorcio de los progenitores genera una serie de síntomas físicos y psicológicos que pueden afectar al normal desarrollo de la personalidad del menor. De este modo, si existen hijos menores, es necesario, evitar en la medida de lo posible, que estos les influyan de forma negativa.

Lógicamente estos perjuicios están directamente ligados a la hostilidad con que los progenitores se tratan. De esta forma, cuando los conflictos, a veces presenciados por los hijos, son violentos y dramáticos, estos suelen provocar en los hijos menores una serie de efectos, que, en caso de no ser tratados, pueden provocar secuelas irreversibles en la evolución del crecimiento personal del menor.

No hay situaciones ni mejores, ni peores. Ni tampoco existe una solución única que deba aplicarse a todos los supuestos prácticos. Hay conflictos diferentes, cada uno con una serie de peculiaridades a las que se deberá atender para dar la mejor solución posible a la ruptura conyugal.

De este modo, es fundamental, la gestión que se haga del conflicto. Cuando mejor es la gestión mayor será el beneficio para las partes y menor el perjuicio ocasionado a los menores.

En este sentido, la teoría nos dice que los padres, deben aprender a sobreponerse a los conflictos existentes entre ellos para poder adoptar las medidas que se estimen necesarias para garantizar el efectivo desarrollo intelectual y afectivo de los menores. Pero en la situación real que se presenta, la carga emocional ante la ruptura, no es una situación fácil y las partes tienden a protegerse, sin apreciar, en ocasiones, que esa protección propia puede afectar a la que se debe dispensar a los hijos menores.

La tendencia actual es la judicialización de los conflictos de familia. Cuando acudimos al órgano judicial, lo podemos hacer de dos formas: de mutuo acuerdo o de forma controvertida. Así lo prevé la LEC. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, las partes intentan poner fin a las disputas mediante el procedimiento previsto en el artículo 770 LEC, es decir, el procedimiento contencioso. Así lo demuestran los datos.

En lo que respecta a las medidas que deben ser adoptadas en torno a los hijos menores, hay que tener en cuenta que el interés del menor es la piedra angular en todas las decisiones que deben ser tomadas por el órgano judicial en relación a los hijos a cargo de los progenitores. En este sentido, el derecho de familia sufre una importante modificación mediante la Ley 15 /2005 que supone el reconocimiento legal de una práctica, que, aunque en pocas ocasiones, venían a establecer los tribunales españoles: la custodia compartida¹.

La atribución a uno solo de los progenitores de la custodia de los hijos, puede provocar grandes perjuicios en el menor. Como establece la Jurisprudencia *El régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor*².

La situación más idónea para los menores, aunque sus padres hayan cesado en la convivencia es la permanencia de tiempo con ambos progenitores y que estos sean capaces de decidir conjuntamente y sin conflictos temas que incumban al menor, es decir, que los padres sean capaces de comunicarse y tengan una relación respetuosa.

En España, en la mayor parte de los supuestos se sigue concediendo la custodia, conforme a los cánones tradicionales esto es, a la madre. En pocas ocasiones, la custodia exclusiva es otorgada al padre. Y aunque en 2005, entró en juego un nuevo escenario posible, tal y como se regula en el ordenamiento jurídico, la custodia compartida o alterna, es una excepción a la regla general, custodia a la madre.

Se dice que la situación que garantiza la verdadera estabilidad emocional del menor, es aquella en la que los progenitores conviven juntos y se encargan

1 MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, TM, «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso» en *Diario La Ley*, nº 7105, de 2 de febrero de 2009.

2 Como refleja la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (JUR 4941).

del cuidado de los menores. No obstante, debemos discrepar de esta afirmación. Lo realmente importante es que el menor se desarrolle en un entorno de respeto, libre de violencia y por ambos progenitores. En la medida en que el entorno en el que el menor convive con ambos progenitores, le falta alguno de los elementos esenciales, se puede afirmar con rotundidad que ese hogar no es el idóneo o adecuado para el menor, a pesar de que los progenitores convivan bajo el mismo techo. Algunos estudios confirman, que el crecimiento en un entorno de violencia puede conllevar a la repetición del patrón o a la disminución de la autoestima e inseguridad. Lo que, sin duda, influirá negativamente en el desarrollo integral del menor. Por tanto, se deduce que en estos casos lo más recomendable por el bien de los hijos menores y de los propios progenitores es el cese de la convivencia.

En palabras del TS, *la custodia alterna persigue asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.*

De este modo, partiendo de su no perjuicio, su atribución se determinará por la concurrencia de una serie de criterios establecidos por el TS. A falta de una regulación específica de la guarda compartida, el TS ha hecho suyo los criterios utilizados en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (Francia, Inglaterra), así como las disposiciones autonómicas en la materia, para poder otorgar o no la custodia alterna.

Conseguir esto no es tarea fácil. En ocasiones, la judicialización provoca el efecto contrario, el enconamiento del conflicto. Hay CCAA que son pioneras en esta materia. Tanto en la concesión de custodia compartida, como en la posibilidad de que las partes sean capaces de gestionar el conflicto. Por ello, hemos dedicado parte de este estudio a la posibilidad de la instauración de la mediación.

Todavía nos encontramos con reticencias de la sociedad puesto que sienten una especie de *relación amor-odio* con la justicia. La sociedad critica todos los vicios de los que adolece la Administración de Justicia. Pero cuando le ofreces un mecanismo alternativo o complementario que puede ayudarlos, dudan de su utilización.

No existen fórmulas mágicas para la solución de las controversias. Lo más cómodo es que un tercero solucione las disputas existentes entre las partes. Pero, ¿es lo más adecuado? Dependerá de la situación concreta.

La predisposición con el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, segura la aplicación como regla general de la guarda y custodia compartida. Incluso se prevé la posibilidad de que el órgano judicial la determine de oficio, aunque lo ideal es que los progenitores sean los que acuerden la medida por el bien de los hijos menores.

La mediación, se considera una de las fórmulas más idóneas para que las partes puedan autocomponer la solución a sus diferencias. En ella, se abre un espacio para el diálogo y comunicación que, sin duda, ayudará a rebajar la tensión inicial que conlleva la ruptura. En este sentido, con la mediación, las partes podrán lograr superar sus conflictos de forma que busquen medidas en las que se proteja de forma eficaz al menor de edad. De este modo, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, se podrá acudir a los espacios de mediación para poder adoptar el acuerdo en el que se desarrollen los efectos de la ruptura.

No obstante, la sociedad ha dado un paso más, y algunos Letrados están haciendo uso de la práctica colaborativa para poner fin a las diferencias entre las partes. Con esta práctica, intervienen profesionales de todas las materias necesarias que permitan a las partes acercar sus posturas y llegar a un acuerdo saludable.

Debemos precisar que, cuando hacemos alusión al género gramatical masculino, nos estamos refiriendo a la forma genérica incluyendo tanto el caso de que los ocupen hombres o mujeres con estricta igualdad a sus efectos jurídicos. Entiéndase que se hace por mera economía expresiva.

No quiero terminar estas palabras sin mostrar mi agradecimiento a todos aquellos que, de alguna forma, han participado en la realización de esta investigación. En especial, a la profesora Dra. Helena Soletto Muñoz, amiga y compañera, que me ha dado todas las facilidades para que esta monografía vea la luz.

Por supuesto, quiero agradecer a mi familia, mi principal pilar y mi fuente de inspiración. A mi marido, José Luis Gómez, porque despertarnos juntos cada mañana, me hace feliz. A Pepu, Gonzalo y Rocío, fruto de nuestro proyecto común, y que me alegran el corazón con nada más mirarlos.

CAPÍTULO I

EL CONFLICTO DE FAMILIA Y EL INTERÉS DE LOS MENORES

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones humanas, conlleva, inevitablemente, el surgimiento de conflictos. Una misma realidad vista desde dos puntos diferentes convergen en un conflicto. Además, hay que tener en cuenta que el modo de afrontarlo, no es igual en todas las personas. Hay quien piensa que el conflicto es malo y que hay que extirparlo de las relaciones. Mientras que otras personas lo consideran como un marco nuevo en las relaciones humanas y que pueden ser fructíferos en las mismas¹.

Existen tantas modalidades de conflicto como formas de relaciones pueden existir: familiar, comunitario, empresarial, mercantil. Sin embargo, parece que tienen una mayor peculiaridad los relacionados al ámbito personal y familiar, debido a la carga emotiva y sensibilidad que conllevan. Si a ello le unimos la existencia de hijos menores, el tema se complica.

En este sentido, el Estado nos tiene que proporcionar la tutela judicial de nuestros derechos en conflicto y para ello cuenta con el debido proceso tal y como se recoge en el artículo 24.1 de nuestra Norma Suprema. Sin embargo, ante la existencia de hijos menores, las partes principales del conflicto- es decir, los miembros de la pareja-, deberían poner algo de su parte para poder superar sus diferencias. De este modo, el impacto del conflicto en el menor de edad, sería mucho más leve.

Señala SATUREL; SEPÚLVEDA que: *hoy la naturaleza cambiante de los conflictos, causas y consecuencias, respaldan la importancia de centrar los esfuerzos en las mujeres, ya sea porque son las principales víctimas o bien porque su participación activa en la sociedad influye en la prevención y/o consolidación de una paz estable y duradera*².

1 MARSHAL, S, La mediación en la acción social, en *Revista de Educación Social*, núm. 2, 2004. Establece el autor: “Son los conflictos los que generan nuevas situaciones y relaciones humanas. Una actitud reflexiva y coherente sobre el conflicto permite visualizar una diferencia fundamental con aquellos que quieren eliminarlo a toda costa y para los cuales se trata de un mal a extirpar”. (Vid. <http://www.eduso.net/res/>) (último acceso julio 2017).

2 SATUREL, M; SEPÚLVEDA, D, “Rol mediador de las mujeres en los procesos de con-

II. EL CONFLICTO

Es imprescindible que comencemos el estudio de este tema con el conflicto. Sólo si logramos entender: cómo funciona, cómo va cambiando y cómo puede afectar a las personas inmersas en él, será posible que comprendamos las posibilidades existentes para su mejor gestión.

Como ya hemos apuntado, el conflicto es consustancial a la propia existencia. Todas las relaciones, en cualquier ámbito de la vida, sufren, en ocasiones, divergencias de intereses. Es más, podríamos afirmar que, gracias a estas situaciones, crecemos y nos desarrollamos.

Cuando hablamos de conflicto siempre se nos viene a la cabeza algún sentimiento negativo³. Esto es porque tradicionalmente, el conflicto ha sido definido desde esta perspectiva. En este sentido, el conflicto es definido por la Real Academia como combate, lucha, pelea, situación desgraciada, entre otras acepciones, es decir, siempre es concebido de forma negativa y, es por ello, por lo que una gran parte de la sociedad, en principio, intente evitar el conflicto antes de afrontarlo y sacar todo lo positivo que puede tener.

TOUZARD define el conflicto como aquella situación de disputa o divergencia en la que existe una contraposición de intereses, necesidades, sentimientos, objetivos, conductas, percepciones, valores y/o afectos entre individuos o grupos que definen sus metas como mutuamente incompatibles⁴.

Estas tensiones entre valores, intereses o necesidades, si no son controladas de forma equilibrada, conlleva una confrontación de posiciones. Pero como hemos advertido, esta situación es necesaria tomarla con cautela y no considerar que el conflicto es malo. Si bien es cierto que puede generar sentimientos de frustración, no lo es menos que una buena gestión del mismo puede hacernos crecer tanto personalmente como hacer crecer a la relación confrontada⁵.

solidación de la paz internacional” en *Revista de mediación. ADR, análisis y resolución de conflictos*, vol. 9, núm. 2. <https://revistademediacion.com> (último acceso julio 2017).

3 ALZATE SÁEZ HEREDIA, R, *Resolución del conflicto. Programa para Bachillerato y ed. Secundaria*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 23 establece: “las connotaciones negativas que tenemos sobre el conflicto don el resultado de un mensaje que hemos recibido y asimilado de padres, profesores, compañeros, medios de comunicación, literatura y de nuestra propia experiencia”.

4 TOUZARD, H, *La mediación y la solución de conflictos*, Herder, Barcelona, 1980, pág. 149.

5 MEDINA, FJ, “Conflicto y negociación”. El autor define el conflicto como: “una re-

De esta forma, explica ALZATE, que el problema del conflicto estriba en que se puede adoptar una actitud constructiva o destructiva⁶ y, por tanto, la cuestión no es eliminar o prevenir el conflicto sino saber asumir las situaciones conflictivas y enfrentarnos a ellos con las herramientas adecuadas para que todas las partes puedan salir enriquecidas de tal situación⁷.

Siguiendo esta perspectiva del conflicto, DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO, establece que los conflictos son situaciones en las que dos o más personas entran en oposición o desacuerdo porque sus posiciones, intereses, necesidades, deseos o valores son incompatibles o son percibidos como incompatibles y en el que juegan un papel muy importante las emociones y los sentimientos⁸.

Evidentemente, cuando estamos en el surgimiento del conflicto lo consideramos como algo tremendamente negativo, que no tiene solución y que romperá la relación en la que surja, en cualquier caso. No obstante, el conflicto no puede verse como algo estático, sino que está en continuo cambio y este cambio, depende mucho de nuestra actitud frente a él.

Cuando ante el conflicto nuestra actitud es pasiva y pretendemos que no ocurra nada, simplemente nos rendimos, nos volvemos violentos, pretendemos que nada esté mal o guardamos silencio, la situación puede ir a, pero

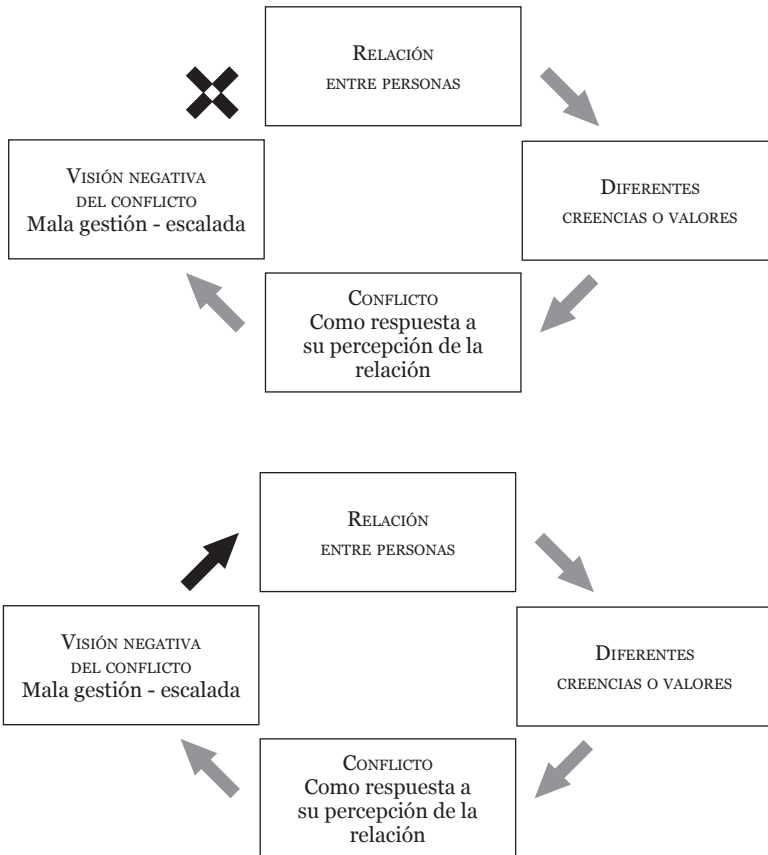
acción ante la percepción de que las partes tienen distintas aspiraciones, deseos o necesidades que no pueden ser logradas de forma simultánea". <http://www.worldmediation.org/education/capitulo-1-3.pdf> (último acceso julio 2017). Lo importante no es tanto el desacuerdo de derechos e intereses, sino más bien la forma en que se gestiona el mismo. Una buena gestión del conflicto supondrá la perduración de la relación en la que surgió y un empoderamiento de las partes. Sin embargo, una mala gestión del conflicto tan sólo provocará, sino a corto a largo plazo, la ruptura de la relación.

6 En el mismo sentido, DE DIEGO VALLEJO, R; GUILLÉN GESTOSO, C, *Mediación. Procesos, tácticas y técnicas*, Editorial Pirámide, Madrid, 2006, pág. 33. Se establece que el conflicto puede ser valorado e interpretado de diversas formas por las partes que lo padecen: como una situación negativa donde solo caben las pérdidas para ambas partes. Mientras que otras personas lo perciben como una oportunidad para obtener beneficios o mejoras de la situación actual.

7 ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R, *Teoría del conflicto*, Universidad Complutense de Madrid, pág. 2. De hecho el autor contempla que el conflicto debe ser entendido como un valor positivo ya que evita los estancamientos, estimula el interés y la curiosidad, es el raíz de todo cambio personal y social y ayuda a establecer las identidades tanto individuales como grupales <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/alzate-el-conflicto-universidad-complutense.pdf> (último acceso julio 2017).

8 DE DIEGO VALLEJO, R; GUILLÉN GESTOSO, C, op. cit., pág. 36.

puesto que se produce lo que se domina como “escalada del conflicto” y puede poner fin a la relación entre las personas inmersa en la confrontación⁹. Mientras que, si intentamos ponernos de acuerdo con la otra parte, las emociones son expresadas directamente, se reconocen necesidades importantes llegamos a una desescalada del conflicto. Y entonces, el conflicto puede robustecer la relación y poner fin al conflicto de forma definitiva. En los siguientes esquemas¹⁰ se puede comprobar gráficamente tales situaciones de escalada y desescalada del conflicto.



⁹ La mala gestión del conflicto no hace nada más que aplazar el problema que indiscutiblemente volverá a surgir. OVEJERO BERNAL, *Técnicas de negociación. Como negociar eficaz y exitosamente*, Mac Graw Hill, Madrid, 2004, pág. 15.

¹⁰ Imágenes propias elaboradas a partir de ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, *Teoría...* op. cit., pág. 12.

De esta forma, como indica ALZATE¹¹, el conflicto tiene cuatro fases o ciclos: en primer lugar, las actitudes y creencias; en segundo lugar, el conflicto en sí; en tercer lugar, la respuesta; y, por último, el resultado.

En cuanto a las actitudes y creencias: se debe partir de la idea de que el conflicto en sí, surge de las diferentes actitudes o creencias que tenemos ante una misma realidad. Los mensajes que desde la infancia percibimos del conflicto, el comportamiento de nuestros adultos hacia el mismo, la forma en que recibimos una información, la mala información nos hace responder de forma diferente al conflicto.

El conflicto en sí, como la segunda etapa del ciclo, ya dijimos que es consustancial a la vida misma. A todos los niveles. El conflicto no entiende de cultura, posiciones, países o edad. El conflicto es inherente a las relaciones personales de cualquier índole.

En tercer lugar, la respuesta que tenemos ante el conflicto: es decir, el comportamiento que reflejamos ante el mismo. Nuestra respuesta ante el conflicto dependerá mucho de las actitudes y creencias que tengamos. Es por ello, que, en cualquier tipo de conflicto, nuestra respuesta será la misma. Estará estrechamente relacionada con el resultado que obtengamos de la situación conflictiva.

Y, por último, el resultado: que provocará la ruptura de la relación o el robustecimiento de la misma. Pero, además, el resultado el conflicto servirá para *reforzar nuestro sistema de creencias y perpetuar el patrón ante el conflicto*¹².

En definitiva, parece que cada uno reaccionamos de forma diferente al conflicto. Esta reacción puede ser positiva, si creemos que con el conflicto podemos evolucionar. Lo que provocaría un robustecimiento de la relación. O podemos tener una postura negativa frente al conflicto. En estos casos, lo consideraremos un problema, y estaremos incrementando el ciclo del conflicto.

En este punto, es necesario que conozcamos los elementos que componen el conflicto para de esta forma poder cambiar el patrón y construir a través del mismo.

11 ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, Teoría... op. cit., pág. 9 y ss.

12 *Ibidem*... pág. 10.

1. Los elementos del conflicto

El conflicto se compone de una serie de elementos que van a influir posteriormente, en el resultado que obtengamos del mismo. Igualmente, estos elementos influirán en su catalogación.

Así, podemos categorizarlos en elementos de carácter subjetivo y objetivo¹³. Los subjetivos están relacionados con los protagonistas del conflicto. Y no solo debemos tener en cuenta a los protagonistas directos, es decir, a las propias partes del conflicto, sino también a aquellas personas que pueden resultar afectadas o que pueden influir en el conflicto o en su gestión. Íntimamente relacionado con las partes y que influirán en la posición que vayan a adoptar las mismas ante la confrontación- es por ello su consideración como subjetivos-, se refiere a las percepción al problema entendida como la forma en que recibimos o entendemos el conflicto; las emociones o sentimientos que han de tenerse en cuenta durante la gestión del conflicto; las actitudes ante el problema- que ya dijimos que en muchos de nosotros es de evitación pero, como veremos más adelante, son más los modos en que se puede afrontar el conflicto y de ello depende en muchas ocasiones, su solución- y los valores y principios concebido como el conjunto de elementos culturales e ideológicos para justificar los comportamientos. Con respecto a los elementos objetivos del conflicto, debemos tener en cuenta: el poder en el conflicto, es decir, que posición de poder ocupan las partes en el conflicto; las posiciones, en ocasiones confundidas con los intereses y necesidades, y que se corresponden con el estado inicial de las personas ante el conflicto, los intereses y necesidades que son los beneficios que se desean obtener con el conflicto y que normalmente están escondidos tras las posiciones y, por último, el campo de tensión que es la energía para llegar o no a un acuerdo.

Como dijimos, el conflicto es necesario en el desarrollo vital de la persona, pues provoca cambios en la realidad social¹⁴. No obstante, la percepción que tenemos de él, debe cambiar y ser considerados en positivo. Ello se consigue mediante el cambio de patrón. Aunque es una tarea dura, no imposible y si imprescindible para la buena gestión de las controversias, para que el conflicto nos haga crecer en positivo y el cambio en la realidad social sea siempre fructífero. El cambio de patrón se conseguirá mediante la toma de conciencia

13 DE DIEGO VALLEJO, R; GUILLÉN GESTOSO, C, op. cit., pág. 38-45. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, *Teoría...* op. cit., pág. 9.

14 OVEJERO BERNAL, A, op. cit., pág. 13.

del conflicto- es importante tener conocimiento sobre el conflicto y preguntarnos y reflexionar el porqué obramos así ante el mismo-. Y, por último, debemos aprender a enviar mensajes efectivos, a escuchar activamente y a escoger el enfoque adecuado a los distintos conflictos que puedan desarrollarse en nuestras relaciones¹⁵.

Afirma ALZATE que las causas de los conflictos pueden ser infinitas¹⁶. En cuanto a los tipos de conflictos, la doctrina diferencia, por un lado, entre los diferentes niveles de conflictos y los diferentes conflictos en función de sus causas. Entre los niveles nos encontramos con conflictos intrapersonales -aquellos que ocurren dentro de la propia persona-; los interpersonales -que son los más comunes y son aquellos que, por diferentes causas, ocurren entre dos o más personas-; los intragrupalos -los que ocurren entre individuos de un grupo particular-; y los conflictos intergrupos -que ocurren entre grupos de diferentes tamaños-.

Los elementos del conflicto, como dijimos, ayudarán a determinar el tipo de conflicto ante el que estamos. El tipo de conflicto está íntimamente relacionado con el tipo de relación que mantengamos. Todas las relaciones, con la independencia de su naturaleza, puede sufrir confrontación de intereses puesto que la comunicación entre dos o más personas puede no llegar a entendimiento en un momento determinado.

2. Las clases de conflicto

Entre las clases de conflictos en función de sus causas, la doctrina¹⁷ sigue la clasificación dada por MOORE¹⁸. Así, se distingue entre conflictos de relación; de información, de intereses, de valores y estructurales.

Cada uno de estos conflictos tienen una serie de causas específicas para cada uno de ellos. De este modo, los conflictos de información suceden por: carencia de información; información defectuosa; opiniones diferentes acer-

15 ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, *Resolución...* op. cit., pág. 27-28.

16 *Ibidem*, págs. 30-31. Señala el profesor ALZATE que los conflictos pueden calificarse en tres categorías: los conflictos sobre recursos, sobre necesidades psicológicas y aquellos que involucran valores.

17 GARCÍA, M, *Los conflictos. Tipos*. <http://news.psykia.com/content/los-conflictos-tipos> (último acceso julio 2017). ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, *Teoría...* op. cit., págs. 5-6. DE DIEGO VALLEJO, R; GUILLÉN GESTOSO, C, op. cit., págs. 47 y ss.

18 MOORE, C, *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ed. Granica, Barcelona, 1995, pág. 63.

ca de lo que es relevante; interpretaciones diferentes de los datos; diferentes procedimientos de valoración. Los de interés ocurren por las siguientes causas: situación de competencia (percibida o real); intereses sustantivos en conflicto; intereses procedimentales en conflicto; intereses psicológicos en conflicto. Las causas por las que ocurren los conflictos estructurales son: patrones de comportamiento o de interacción destructivos; desigualdad en el control, la propiedad o la distribución de recursos; desigualdad en el poder y en la autoridad; factores geográficos, físicos o ambientales que impiden la cooperación; limitaciones temporales. Los conflictos de valores tienen como causas: diferencias de criterio al evaluar las ideas o los comportamientos; existencia de objetivos sólo evaluables intrínsecamente; diferencias en las formas de vida, ideología y religión. Por último, los conflictos de relación, que en mi opinión son los más difíciles de gestionar dada la carga emocional con la que cuentan, se sustentan en los siguientes motivos: presencia de una alta intensidad emocional; percepciones equivocadas u opiniones estereotipadas; comunicación pobre o malentendidos; comportamiento negativo reiterado. Establece el autor que cada conflicto deberá tener una intervención diferenciada para su resolución¹⁹.

La importancia de diferenciar ante qué tipo de conflicto nos encontramos es porque la intervención que debe hacerse para intentar resolverlos, no es la misma y lo que puede funcionar para un determinado tipo de conflicto, puede quebrar la posibilidad de gestión en otro²⁰.

En este sentido, en los casos de conflictos familiares, provocados por la ruptura de la pareja, el mediador tiene que ser algo más especializada para poder intervenir en este tipo de procedimientos puesto que, la situación personal de las partes y las emociones y sentimientos que rodean el conflicto, son mucho más intensas que en conflictos de otra naturaleza.

De todo lo dicho hasta ahora, debemos tener claro que el conflicto tiene que ser considerado como algo positivo, algo constructivo y un revulsivo para nuestro propio crecimiento personal y social. No es algo fácil puesto que tenemos un bagaje negativo sobre el conflicto e intentamos evitarlo a toda costa.

19 MOORE, C, *El proceso de mediación...* op. cit., pág. 63.

20 En este sentido señala OVEJERO BERNAL que en todo conflicto existen aspectos manifiestos (instrumentales, estrategias, oposición de intereses) y aspectos latentes (relacionados con los sentimientos y las emociones) lo que también deberá tenerse en cuenta a la hora de gestionar el conflicto puesto que de no ser así, será difícil solucionar el conflicto (op. cit., pág. 15).

Sin embargo, una buena gestión del mismo no hace más que robustecer las relaciones con las personas con la que confrontamos.

Existen diferentes modelos de afrontar el conflicto. Cada persona responde de forma diferente y cada estilo de afrontar el conflicto tienen unas peculiaridades específicas y aunque suele permanecer estático puede, en algunas ocasiones, variar en la medida en que el conflicto se desarrolla. Siguiendo a VAN DE VLIERT Y EUWEMA²¹, se han establecido cinco estilos de gestión del conflicto por las propias partes. Cada uno de los estilos que vamos a citar a continuación, tiene una serie de ventajas, pero también tiene algunos inconvenientes a la hora de gestionar adecuadamente el propio conflicto y los intereses que están en juego. Los estilos son: evitación²², confrontación, acomodación, compromiso y colaboración. En el siguiente gráfico explicaremos las diferentes actitudes ante el conflicto y cuándo puede ser adecuado utilizarlos para la gestión del conflicto²³.

21 ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, *Teoría...* op. cit., págs. 24 y ss. MEDINA, FJ; DORADO, MA; FJ DE CISNEROS, I; ARÉVALO, A; MUNDUATE, L, “Secuencias conductuales en la efectividad de la gestión del conflicto” en *Psicothema*, 2003. Vol. 15, nº 1 (<http://www.psicothema.es/pdf/1017.pdf>) (último acceso julio 2017).

22 Un claro ejemplo de este modo de afrontar el conflicto, es el caso de las mujeres víctimas de violencia de género, cuando están inmersas en el ciclo de la violencia, intentan evitar el conflicto de forma que la otra parte, se siente empoderada y mucho más poderosa.

23 Imagen propia realizada a partir del modelo de Gestión del Conflicto de VAN DE VLIERT Y EUWENA; ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R, *Teoría...* op. cit. pág. 24-28. DE DIEGO VALLEJO, R, GUILLÉN GESTOSO, C, op. cit., págs. 50-53. CARRASCO GONZÁLEZ, AM, Gestión del conflicto. Estrategias de negociación y mediación, marzo, 2010 (<http://biblioteca.iplacex.cl/RCA/Gesti%C3%B3n%20del%20conflicto%20y%20estrategias%20de%20negociaci%C3%B3n%20y%20mediaci%C3%B3n.pdf>). TORRIJOS GIJÓN, P, *¿Resuelves los conflictos siempre igual? 5 formas distintas de hacerlo*, en <http://elblogdelmandointermedio.com/2016/04/03/formas-de-resolver-conflictos/>. La autora señala las formas propuestas por Ken Thomas y Ralph Kilmann que ponen de relieve las cinco maneras distintas de manejar los conflictos. THOMAS, KW; KILMANN, R, “Instrumento THOMAS-KILMANN de modos de conflicto” (https://www.opp.com/~/media/Files/PDFs/Book-Previews/TKSP0003e_preview.pdf).

ESTILO	CARACTERÍSTICA	DESVENTAJA	UTILIZAR CUANDO...
EVITACIÓN	Evadir o aplazar el conflicto. No se dirige al conflicto. No asertivo.	Se toma decisión por omisión de una parte. Posibilidad de temas sin resolver. Baja autoestima. Incapacidad de manejar el conflicto en el futuro.	El tema no es importante. No hay posibilidad de resultado positivo. La otra parte tiene mayor poder. Necesidad de tiempo para reflexionar. Adecuado que otros resuelvan
COLABORADOR	Las partes intentan conseguir el mejor resultado manteniendo o fortaleciendo su relación de forma simultánea.	Cuando la relación es valiosa. Es posible acuerdo mutuamente satisfactorio. Cuando se quieren tratar todos los asuntos	Requiere tiempo y energía. Requiere que ambas partes estén comprometidas con el procedimiento.
ACOMODACIÓN	Sucede cuando una persona se amolda al punto de vista del oponente o cede ante sus demandas. No es asertivo, pero sí es cooperativo.	Una parte renuncia a algo sin obtener nada a cambio. Temas sin resolver. Generar resentimiento. Dañar relaciones.	La persona está equivocada. La relación es más importante que los temas del conflicto. Por justicia.
CONFRONTACIÓN	Busca satisfacer los propios intereses a expensas de los intereses del otro. Se utiliza cuando la relación no es valiosa. A través de la lucha directa (la reducción del nivel de aspiraciones o el incremento en las concesiones del oponente) o indirecta (pretenden la búsqueda de los intereses propios sin considerar los del oponente).	Daña relación. Requiere que una parte sea perdedora. El conflicto escala. Lleva al bloqueo.	Se necesita decisión rápida. Temas del conflicto son más importante que la relación. Una parte quiere probar su influencia o poder. No es apropiado cuando es posible alcanzar acuerdos integrativos o cuando la relación debe perdurar en el tiempo.
COMPROMISO	Ambas partes ceden en sus pretensiones para poder llegar a un acuerdo satisfactorio, aun parcialmente, para ambas.	Quedan asuntos sin resolver que subyacen en el principal. Satisfacción parcial	Partes tienen mismo poder en relación. Negociación sin poder integrativo. Fines perseguidos por partes son mutuamente excluyentes.

3. Los conflictos de pareja y de familia

Como se ha estado mencionando, el conflicto nos puede ayudar a evolucionar y crecer en nuestras relaciones, incluso fortalecer la relación de la que surge el conflicto.

Uno de los conflictos más habituales en el ámbito familiar es el que se deriva de las crisis de pareja. Estos conflictos debemos clasificarlos como interpersonales, es decir, aquellos que ocurren entre dos o más personas por diferentes causas.

Cuando una pareja comienza a tener problemas no solo lo sufren ellos en primera persona sino toda su familia. Sin embargo, existe un grupo de alto riesgo que sufre las consecuencias: los hijos menores que puedan existir.

Los conflictos de pareja y de familia, son, a mi parecer, lo más complicados y difíciles de afrontar puesto que existe un sistema de creencias y aptitudes ante el conflicto como bagaje de las partes que puede resultar muy diferentes entre ellas; pero a la vez, se mezclan sentimientos, emociones, recuerdos con la otra parte del conflicto. Y lo que puede dificultar más, si cabe, la relación es el ánimo de venganza o sufrimiento que pueden sentirse hacia la otra parte del conflicto.

Las causas más típicas de conflicto en la pareja son: la intimidad, la diferenciación; el poder y el control o la definición de la relación. A todo esto, hay que sumarle la falta de comunicación entre los integrantes de la pareja²⁴ que provocará una falta de entendimiento que genera sentimientos de frustración e inseguridad que desemboca en un conflicto, a veces, irreparable.

A todo ello, hay que sumarle la existencia de hijos menores. En ocasiones, la llegada de los hijos o su propia educación hacen que florezcan diferentes discrepancias que, sin una buena gestión, pueden desembocar en un conflicto. La pérdida de intimidad, la discrepancia a la hora de educar de los progenitores, la disparidad de criterio en cuanto al colegio, creencias religiosas, médicos, son los motivos principales por los que las parejas pueden entrar en conflicto o incrementar la crisis que ya estaba en el seno de la misma. Efecti-

24 La falta de comunicación tal y como afirma la teoría de la comunicación de WATZLAWICK, no supone solo que no dialoguemos con el otro miembro de la pareja sino a que no siempre tenemos el mismo punto de vista que nuestros interlocutores. La falta de cumplimiento de determinadas reglas comunicativas provoca fallos en la comprensión mutua y patrones de interacción patológicos., es decir se provoca “una distorsión de la realidad” conyugal. WATZLAWICK, P; BENAVALAS, J; JACKSON, D, *Teoría de la comunicación humana*, Editorial Herder, Barcelona, 1991, pág. 35.

vamente, cuando existen hijos menores es necesario que la pareja se abra al diálogo para determinar una solución a sus problemas, y que esta afecte lo menos posible al normal desarrollo del menor. Sin embargo, en estos supuestos, y sobre todo al comienzo del conflicto, existe una escalada brutal capaz de perjudicar la relación a límites insospechados y que repercute muy negativamente en los hijos menores.

Cierto es que, en las relaciones de pareja, pueden existir crisis provenientes de determinados conflictos. Quizá, una gestión correcta de la crisis puede conllevar a un fortalecimiento de la relación.

Sin embargo, a veces, el silencio de las partes sobre esta cuestión, puede llevar a un escalamiento, a mal entendidos, a falta de confianza, a una mezcla de emociones tal que, inevitablemente conlleva, la ruptura de la pareja. Y todas estas emociones van a influir en la solución del conflicto²⁵.

El modo en que se enfrentan al conflicto también puede resultar de ayuda o, todo lo contrario. Cuando alguien adopta el rol de la acomodación, a la otra parte, le puede dar a entender que la relación nunca le importó, y la escalada del conflicto puede ser todavía peor. Es evidente que una actitud proactiva para la gestión del conflicto de pareja puede resultar muy positivo para mantener la relación futura que debe existir entre ellos.

Que una pareja rompa, no significa que hayan fracasado ante el conflicto. Ni mucho menos. A mi entender, cuando una pareja entra en situaciones de escalada del conflicto, en el que las discusiones cada vez son más frecuentes por la diferencia en el sistema de actitudes y creencias, porque hay continuos mal entendidos, lo más reconfortante para las partes, es la ruptura y, sobre todo, si hay hijos menores a cargo de la pareja.

Hay elementos específicos o exclusivos en las relaciones de pareja²⁶: la

25 GARCÍA HERRERA, A, «Los sentimientos y las emociones en el proceso de mediación», en *Revista de mediación*, nº 10, 2017 (<http://www.revistamediacion.com>). Establece la autora: “*Los estados de ánimo, los sentimientos y las emociones, incluso las más leves, pueden, por tanto, influir sobre la gestión del conflicto, condicionando el comportamiento humano en su desarrollo así como las respuestas que se dan durante su gestión; y ello tanto en el ámbito intrapersonal, esto es, afectando al propio comportamiento ante el conflicto (nuestras reacciones ante las propuestas), como en el ámbito interpersonal, es decir, incidiendo sobre el comportamiento de los demás participantes*”.

26 LARSON, JH y HOLMAN, TB, establecen una serie de factores que conllevan los problemas en la pareja: los que hacen referencia al contexto, los que tienen que ver con los rasgos y comportamientos de cada uno de los miembros y, por último, los que hacen referencia a la propia relación de pareja. Los relacionados con el contexto son relativos a la

comunicación, la intimidad y la satisfacción emocional. El conflicto que se origina es *dirimido generalmente por la misma, teniendo en cuenta para su resolución la satisfacción o insatisfacción de las dimensiones emocionales y afectivas que de ella se derivan, y no tanto por otros criterios externos*²⁷.

El sistema patriarcal, nos ha enseñado que es más recomendable, que ante la existencia de hijos menores, la pareja esté unida para afrontar las decisiones juntos y así que el menor se sienta más protegido. No es necesariamente así. Hay relaciones de parejas violentas, en continuas peleas, con reproches... y estas actitudes, sin duda, repercuten de forma muy negativa en los hijos menores.

A este respecto, hay estudios que han demostrado que las familias en conflicto o rupturas complicadas de pareja resultan muy dramáticas y conflictivas para los hijos menores, pues se modifica su comportamiento habitual²⁸. Estos

familia de origen, factores socio-culturales y otros entornos de la pareja (divorcio parental, violencia familiar, oposición de la familia). Los factores de riesgo que tienen que ver con los rasgos (individuales) se refieren a las enfermedades de los miembros de la pareja que puede afectar a la satisfacción y estabilidad. Y los relacionados con la propia pareja: se debe diferenciar entre aquellos que hacen relación al carácter de la pareja y respecto a la comunicación entre los miembros de la pareja, numerosos estudios han determinado que una comunicación negativa, basada en la invalidación, la escalada y las interpretaciones negativas da lugar a un alto riesgo de problemas en el futuro. En «Premarital Predictors of Marital Quality and Stability» en *Family Relations*, 43, 1994, pág. 229. En igual sentido, PÉREZ TESTER, C; ARAMBURU, I; DAVINS, M; AZNAR, B, «La prevención de los conflictos de pareja» en *Familia*, núm. 40, 2010, Universidad Pontificia de Salamanca, pág. 12-13.

27 MONTOYA SÁNCHEZ, MA; PUERTA LOPERA, I, «La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación» en *Opinión Jurídica*, vol. 11, nº 22, Julio-diciembre 2012, pág. 100.

28 Así lo pone de manifiesto un estudio realizado por investigadores de la Universidad Pablo de Olavide que señalan: “*el conflicto familiar percibido por el adolescente podría ser un acontecimiento estresante de tal magnitud que contribuye a que el estudiante sea objeto de victimización en la escuela. Pero además, una familia en la que los conflictos son frecuentes parece disminuir los recursos personales de los adolescentes, como la autoestima, y potenciar la presencia de síntomas de depresión. Es probable que estas circunstancias lleven a los adolescentes a mostrar conductas sumisas y, en consecuencia, ser objetivos vulnerables, fáciles de abusos por parte de sus compañeros, en la medida en que, como sostienen algunos autores, los agresores esperan signos de sufrimiento y de sumisión por parte de las víctimas*”. POVEDANO, A; JIMÉNEZ, T; MORENO, D; AMADOR, LV; MUSITU, G, «Relación del conflicto y la expresividad familiar con la victimización en la escuela: el rol de la autoestima y la sintomatología depresiva y el género de los adolescentes» en *Infancia y Aprendizaje*, nº 35 (4), 2012, págs. 428-429.

estudios relacionan directamente el comportamiento del menor con la relación existente entre sus progenitores. De este modo, cuando más conflictiva es la relación de pareja o la ruptura de los padres, peor comportamiento del menor. Este mal comportamiento se traduce en: fracaso escolar, depresión, insomnio, problemas de conducta, problemas para alcanzar la intimidad en etapas futuras²⁹.

En estas ocasiones, cuando una pareja se rompe y no convive bajo el mismo techo puede resultar ventajoso o liberador, pero a la vez doloroso para las partes, pero puesto que pueden ser felices en su esfera privada, eso redundará de forma positiva en la relación con la otra parte del conflicto. Esto se plasmará en una reanudación del diálogo, en una toma de decisiones común para el bien del menor.

Pero esta situación hay que encontrarla. No es tarea fácil pero sí necesaria. No obstante, hay que tener en cuenta que durante el proceso de ruptura y de separación van a surgir conflictos con alto contenido en emociones y afectos. Además, estos habrá que tratarlos desde la perspectiva legal y esta combinación no es muy efectiva. La justicia no tendrá en cuenta los afectos sino tan solo que la situación se ajuste a la legalidad vigente teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto³⁰.

Y toda esta situación se complica cuando existen hijos menores puesto que no solo deberán estar para la satisfacción de sus propias necesidades, sino que, en situaciones adversas como las que se encuentran, deben velar por el bien de sus hijos. De esta forma, si el conflicto se transforma de una lucha en el que hay ganadores/perdedores; vencedores/vencidos a una superación y un crecimiento personal con él, el hijo, sin duda pasa de ser una merecida recompensa o castigo de lucha a un ser individualmente considerado, en el que los progenitores centran su atención para poder garantizar su bienestar.

Pero en el caso en que los progenitores, no velen por este interés común,

29 CATALÁN, MJ; GARCÍA, MB; DE LA PEÑA, S; ALEMÁN, C; ARAGÓN, V; GARCÍA, MD; MARÍN, C; MATAS, AM; SOLER, C, «La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de si puesta en escena. Debate entre psicología y derecho» en *Anuario de psicología compartida*, vol. 17, 2007. BERGER, M; CICONNE, A; GUEDENEY, N; ROTTMAN, H, «Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo», *Asociación custodia en Positivo*. FARIÑA, F; SELJO, D; ARCE, R; VÁZQUEZ, MJ, «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma» en *Anuario de psicología jurídica*, 2017, entre otros.

30 MONTROYA SÁNCHEZ, M; PUERTA LOPERA, I, «La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación»... op. cit, pág. 100.

los órganos judiciales tendrán que protegerlo y tomar las medidas que estimen oportunas siempre bajo es prisma del «interés superior del menor».

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Como ya hemos adelantado, el conflicto familiar se complica aún más con la existencia de menores.

En muchas ocasiones, los progenitores utilizan a los menores como moneda de cambio o, a mi parecer algo más peligroso, con simple ánimo de venganza ocasionados con motivo de la separación. Sin llegar al extremo que en algunos casos concreto encontramos como la muerte del menor³¹, el niño que se ve utilizado sufre grandes trastornos de la personalidad que pueden afectar al normal desenvolvimiento y desarrollo en la infancia e incluso en su vida adulta.

De este modo, en las decisiones que se tomen por las autoridades o por los mismos padres sobre el futuro o mejor desarrollo del menor, debe estar siempre presente el interés superior del niño prevaleciendo sobre otros intereses con los que entre en conflicto³².

Es evidente que los niños que están inmersos en la separación o divorcio de los padres no podemos considerarlos como niños desamparados. Pero, cuando la situación les sobrepasa, las necesidades de estos menores van en aumento y su desatención puede provocar lamentables e irreversibles perjuicios para el presente y el futuro del niño.

En este sentido, la actuación de los poderes públicos (administraciones, órganos judiciales, etc.) debe ir encaminada a la protección jurídica de los menores.

En las páginas que siguen se intentará concretar la regulación y contenido del Interés superior del menor, pero sin perder de vista el objeto principal del trabajo que es las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial o la pareja cuando existen hijos menores.

³¹ Ejemplos como el caso de José Bretón condenado por el asesinato de sus dos hijos en octubre de 2011. Estos hechos ocurrieron tras la ruptura sentimental instada por la madre de los menores. El caso de David Oubel, que en julio de 2015 asesina a sus hijas barajándose el móvil del crimen como venganza personal contra su ex-mujer.

³² RIVERA HERNÁNDEZ., F, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 140-141. establece que esta prevalencia frente a otros intereses no supone una discriminación positiva ni favorecer al menor, sino simplemente una meda adecuación a la persona.

1. Regulación

El interés superior del menor, debe ser protegido por imperativo Constitucional y porque así también lo disponen numerosos tratados y convenios internacionales.

De este modo, el mayor protagonismo que se le da al menor en la sociedad actual exige que la protección del interés del menor se encuentra regulado tanto en el ordenamiento interno como en el ordenamiento internacional a través de Tratados y Convenios internacionales, en los que España es parte y que, por tanto, son de eficacia directa en nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de la Norma Suprema, señala el artículo 39, como uno de los principios rectores de la política social y económica:

“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Así el Estado, debe garantizar la protección jurídica del menor y como señala BERROCAL LANZAROT, *se pretende el establecimiento de un sistema público de protección de menores de carácter global y de ordenación coherente*³³.

La protección jurídica del menor, viene regulada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En 2015, esta ley sufre dos importantes modificaciones: a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que tiene como objeto introducir los cambios en la legislación sustantiva y procesal relativas a derechos fundamentales de los menores; y mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y que tiene como objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que garantice una protección uniforme en todo el territorio nacional.

³³ BERROCAL LANZAROT, A, “La protección de los menores en situación de desamparo” en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 764, 2017.

El artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (texto consolidado tras las reformas antes mencionadas), desarrolla en profundidad el alcance del «interés superior del menor». Se este modo, se señala el interés del menor como primordial en todas las actuaciones judiciales o administrativas. Esta primacía del interés del menor, debe tener eficacia frente a cualquier otro; se determinan criterios generales de interpretación y aplicación del interés superior del menor (como el derecho a la vida, integridad; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar, entre otros); se señalan los elementos de ponderación de los criterios señalados anteriormente (tales como edad, igualdad, etc.); y por último, la consideración del debido respeto a garantías del proceso, y en particular, en derecho a ser oído y la motivación de las decisiones que le afecten en las que habrá de indicarse los criterios utilizados y la ponderación realizada en caso de colisión con otros intereses o derechos.

En cuanto al ámbito internacional, hay que mencionar en primer lugar, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Este importante documento se celebró en noviembre de 1989 y ratificada por España un año después. En él, los Estados partes se a respetar los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Concretamente, en el artículo 3.1 del mencionado texto se establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Así, todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

En 2013, el Comité de los Derechos del Niño, redactó una Observación-Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)- en la que se señalaba que *el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la*

Convención y el desarrollo holístico del niño. Igualmente, se hacía hincapié en el triple concepto que suponía el interés superior del niño y del que se ha hecho eco la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y que modifica a la antes mencionada Ley de Protección Jurídica del Menor. Esta triple consideración del interés superior del menor supone reconocerlo como:

Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Por su parte, en el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996 (ratificado por España en 2015), se establece que se promoverán los derechos en aras al interés superior de los niños.

La Carta de Derechos fundamentales, incorporada en el Tratado de Lisboa, ratificado por España en 2010, reconoce en el artículo 24 los derechos de los menores:

1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.
2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas

o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial.

3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.

El Reglamento nº 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de matrimonio y responsabilidad parental, está concebido y presidido en función del interés superior del menor.

Pero no sólo el interés superior del menor debe primar la actuación de los poderes públicos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Recomendación (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva. En ella se recomienda a los Estados miembros a establecer las condiciones necesarias para promover un ejercicio positivo de la parentalidad en el interés superior del niño. Lo que significa: que la principal preocupación de los padres debe de ser el bienestar y el desarrollo saludable del niño y que deben educar a sus hijos de forma que puedan desarrollarse lo mejor posible en el hogar, en el colegio, con los amigos y en la comunidad³⁴. Así, podemos comprobar que el interés superior del menor debe estar presente en todos los entornos en los que el menor se mueva. No solo con la actuación de los poderes públicos sino en todas las actuaciones que puedan afectar a su desarrollo presente y futuro.

2. Contenido

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado³⁵. Lo que hace más complicado determinar el contenido expreso de dicho este interés. Ninguna legislación aplicable, se refiere al contenido expreso al

34 Informe explicativo de la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva., pág. 4 <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/parentalidadPos2012/docs/informeRecomendacion.pdf>

35 PERALTA LÓPEZ, E, «La interpretación del principio del interés superior del menor en las medidas paterno-filiales acordadas en situación de violencia de género» en DE PERALTA CARRASCO; ACEDO PENCO y SILVA SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho de familia, nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, 2016, pág. 255.

que hace alusión³⁶. En este sentido, refiere RIVERO HERNÁNDEZ, que el concepto jurídico indeterminado que supone el “interés superior del menor” exige una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (aquí, en qué consiste el interés del menor), y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un niño determinado); y, sobre todo, va a dar relevancia inusitada a los datos y circunstancias del caso concreto, porque éstos son los que permitirán encontrar la solución dentro del «ámbito de apreciación» o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado³⁷.

Es evidente, que esto conlleva una importante ventaja que es la cabida de todos los supuestos de hecho que puedan darse en la vida, pero, por otro lado, tiene el gran inconveniente que puede generar inseguridad jurídica en tanto que dependerá del criterio subjetivo del órgano judicial su valoración y aplicación en el caso concreto.

A los simples efectos de clarificar la estructura sobre el contenido del interés superior del menor, se debe partir de la consideración realizada por la Observación n° 13 de NU sobre el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño. De este modo, dividiremos el contenido de este epígrafe conforme a la triple óptica, señalada en la Observación: por un lado, veremos el interés superior del menor como derecho sustantivo y principio interpretativo fundamental; y por el otro como norma de procedimiento.

Todo lo que a continuación se va a tratar hay que verlo desde la óptica de la madurez y el juicio del menor. No todos los menores tienen el mismo grado de consciencia a la igual edad. Por ello, la interpretación que se hará del interés superior del menor debe ajustarse al nivel de raciocinio del menor y, por tanto, habrá que estar a las peculiaridades de cada caso concreto.

A. Derechos sustantivo y principio interpretativo fundamental

En el estudio de este punto se deben tener en cuenta dos precisiones importantes y, en mi opinión, relacionadas entre sí.

Por un lado, el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial que se debe valorar cuando hay que sopesar diferentes intereses que puedan verse afectados en la decisión que se tiene que tomar; y por otro, que

³⁶ Aunque el TS en Sentencia de 19 de enero de 2017 (RJ 924) establece que: *el interés del menor tiende a su protección y asistencia en todo orden*.

³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor...* op. cit., pág. 102-103.

esa valoración se haga de la forma que más satisfaga los intereses del menor, así como a sus derechos.

De esta forma, el interés superior del menor debe ser el eje principal sobre el que pivota la actuación de los poderes públicos cuando la decisión afecta a un menor de edad³⁸.

Considerando que el «interés superior del menor» es indeterminado, se debe acudir a la jurisprudencia para poder aclarar qué abarca el interés superior del menor como principio rector de todas las políticas públicas y actuación administrativa y judicial, primando sobre otros intereses en caso de colisión. Como señala el Tribunal Constitucional, el interés del menor se debe constituir siempre como el *norte del órgano* judicial en la toma de decisiones que al menor atañan³⁹.

El interés superior del menor, hace referencia, entre otros, a que los menores de edad puedan decidir y sean titulares efectivos de derechos. Así, en ple-

38 Al respecto establece el TS: *“Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo («se procurará»). Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella («cuando no sea contrario a su interés»). Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores”*. STS de 31 de julio de 2009 (RJ 4581). Por su parte la STEDH de 16 de noviembre de 1997, en el caso E.P contra Italia establece: *“hay que conceder una importancia especial al «interés superior del niño» que según su naturaleza y gravedad puede prevalecer sobre el del progenitor”*.

39 SSTC 22/2008, de 31 de enero; 71/2004, de 19 de abril. De este modo, como señala RIVERO HERNÁNDEZ, el interés del menor se constituye como *criterio de valoración de un derecho, relación jurídica o situación concreta o en la solución de un conflicto de derechos*. En *El interés del menor...* op. cit, Pág. 141.

nitud y con plena eficacia de los mismos no podrá verse perjudicada por una interpretación restrictiva de los órganos judiciales ni de los poderes públicos, incluso la posibilidad de perjuicio, no lo tendrán ni siquiera los progenitores.

Parece muy significativa a la hora de determinar cómo el órgano judicial debe valorar o ponderar el interés superior del menor este pronunciamiento jurisprudencial⁴⁰:

“Es criterio primordial el del “favor filii” contenido en los artículos 92 , 93 y 94 CC , que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro, que le permita ver constantemente a su padre y a su madre, lo cual no es en absoluto incompatible con la atribución a uno solo de los progenitores de la guarda y custodia. De esta forma el menor puede disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura del matrimonio o de la pareja. Por ello se hace preciso decidir la cuestión suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo”.

En relación con lo expuesto en el párrafo que antecede, parece que el interés superior del menor debe ser un principio informador que, no solo debe estar presente en la toma de decisiones y en la afectación de estas en el momento actual que se le somete a decisión, sino que, por el contrario, su decisión debe ir más allá y atender al criterio que más le pueda beneficiar al menor para su desarrollo de futuro. Es más, el pronunciamiento hace alusión a una serie de factores a tener en cuenta para asegurar el normal desenvolvimiento de los menores tanto física, psíquica y socialmente considerado.

Es evidente que la búsqueda de criterios o factores en los que se pueda basar la decisión adoptada en el superior interés del menor, debe atender a las circunstancias familiares y parámetros del caso concreto. Esta sería la única forma de asegurar que el interés del menor se ve protegido en cada supuesto en que los tribunales o Administración Pública, tiene que intervenir. Igualmente, los criterios que se puedan adoptar no deben ser rígidos ni seguir ningún orden concreto, sino que, de nuevo, tendremos que estar a la casuística que rodean la decisión para tomar la más “adecuada”.

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 17 de octubre de 2016 (JUR\2016\251915).

Como criterios generales, para la determinación del interés del menor *in concreto*, señala RIVERO HERNÁNDEZ entre otros: Proveer, por medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales y las de tipo espiritual, adecuadas para su edad y situación; Atender a los deseos, sentimientos y opiniones de los menores siempre que sean competentes con lo anterior e interpretados atendiendo a su juicio y madurez; evitar alteración en su situación y que pueda incidir en su personalidad y para su futuro; habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión puede acarrear a este⁴¹.

41 RIVERO HERNÁNDEZ, F, *El interés del menor...* op. cit, Pág. 279-281. La fijación de estos criterios está en consonancia con lo dispuesto en los artículo 2.1 y 2.13 de la Ley de Protección Jurídica del Menor: 2. *A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:* a) *La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas;* b) *La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior;* c) *La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia;* d) *La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.* 3. *Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:* a) *La edad y madurez del menor;* b) *La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante;* c) *El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo;* d) *La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro;* e) *La*

Se pretende que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas⁴².

Tanto es que el interés del menor debe regir las decisiones de los órganos judiciales y las autoridades públicas, que el Código Civil, faculta al órgano judicial a adoptar, como medida para la protección del menor, la privación de la titularidad de la patria potestad a uno de los progenitores ante un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales que de ella se derivan⁴³.

En este sentido, la Ley de protección jurídica del menor predica la necesidad de que los menores se queden en el seno familiar como mejor opción para el menor. No obstante, también prevé la ley que, en situaciones de violencia familiar o violencia de género sufrida por uno de los progenitores, el menor debe ser atendido social y psicológicamente y sacado de forma inmediata de este terrible entorno en el que vive y se desarrolla⁴⁴. En este sentido, hay estudios que indican que los menores que han convivido en hogares en lo que han presenciado violencia familiar o violencia de género, tienen a repetir los patrones⁴⁵. Por ello,

preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

42 BERROCAL LANZAROT, AL., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 746, noviembre 2014, pág. 3290.

43 *Ibidem*, pág. 3286. Establece la autora que en caso de desamparo del menor, es decir, privado de la asistencia necesaria, la vigilancia judicial se ve complementada con la intervención de la Administración Pública. A este respecto señala ZARRALUQUI que la protección del menor tiene una doble vertiente: una positiva, que se centra en los objetivos a alcanzar, es decir, que la decisión que afecte al menor persiga una utilidad o beneficio; y una vertiente negativa, que supone la eliminación de cualquier daño. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres», en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, 2002, pág. 25.

44 Artículo 2.2.c) de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor: “*La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor*”.

45 Vid. PERALTA LÓPEZ, E., «La interpretación del principio del interés superior del

sacar al menor de este entorno favorece la corrección de patrones y sobre todo ponerlo a salvo de posibles agresiones físicas o verbales que pudiera sufrir.

De esta forma, cuando existen episodios de violencia en el seno familiar, lo primero que el tribunal tiene que constatar es la posibilidad de riesgo para el menor. Habrá supuestos en que la violencia de género sufrida por la madre a manos del padre, supongan un grave riesgo para la vida e integridad física o psíquica (aprendizaje de patrones) de los menores⁴⁶.

Pero en otras ocasiones en las que el menor no esté en situación de riesgo a pesar de existir violencia de género en la relación de los progenitores⁴⁷.

menor en las medidas paterno-filiales acordadas en situación de violencia de género»...op. cit, pág. 257-258.

46 Ha establecido la jurisprudencia del TS en Sentencia de 26 de noviembre de 2015 (RJ 5624): *“A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.* La STS de 11 de febrero de 2011 (RJ 2311) mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de protección. Igualmente en STS de 13 de febrero de 2015 (RJ 2339), en supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo. El Pleno del TS en la Sentencia de 18 de abril de 2018 (JUR 110408), ha establecido, al hilo de la discusión sobre si se debía apreciar la agravante en violencia de género por hacerlo en presencia de menores, lo siguiente: *La resolución del alto tribunal recuerda que en muchos casos los menores no se hallan dentro de la habitación de sus padres o de las personas que realizan las escenas violentas: “pero escuchan y son plenamente conscientes de lo que está sucediendo, percatándose tanto de las expresiones verbales que contienen un componente agresivo o violento, como del ruido que es propio de un golpe o de otra agresión/.../Tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental”.* De este modo, debemos tener claro que cuando existe violencia en el seno familiar, el interés superior del menor debe sustentarse en la separación inmediata del foco de la violencia pues este comportamiento le repercutirá en el desarrollo evolutivo.

47 Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 6 de junio de 2017 (AC\2017\1177) en la que se archiva el proceso penal por violencia de género y la Audiencia, en conocimiento de la apelación estima: *“En esta premisa del informe psicossocial se infieren las plenas habilidades parentales de ambos progenitores, implicación de los mismos en la crianza del menor y en el desempeño escolar por lo que para proceder a la normalización de la situación, dado que es prevalente al interés del menor que su desarrollo*

Sin embargo, el párrafo 7 del artículo 92 del Código Civil prohíbe la custodia compartida por acuerdo entre las partes cuando: por un lado, exista violencia de género por estar incurso un proceso por determinadas conductas delictivas que se estipulan en el mencionado precepto: por el otro, cuando existan indicios fundados de la existencia de violencia doméstica. En estos casos, el órgano judicial se reservará esta facultad de atribución de guarda y custodia.

Por ello, en los casos descritos en el artículo 92.7 Código Civil habrá que estar a los criterios para poder determinar un peligro real y concreto para la salud física, psíquica o moral de los menores⁴⁸.

personal se efectuó con ambos progenitores, siendo el régimen más adecuado para ello la custodia compartida, en el caso concreto, a la vista de la litigiosidad habida ello implica que no pueda hacerse abstracción del concreto régimen establecido en la sentencia que se recurre que no es, sino la custodia compartida, pero manteniendo la salvaguarda del menor con la medida acordada y la posibilidad de revisión de la misma a los seis meses, por lo que debe confirmarse la resolución recurrida, con desestimación del recurso de apelación, sin pronunciamiento en costas a la vista de la materia litigiosa". En la SAP de Castellón de 24 de octubre de 2014 (JUR 56256) en el supuesto que se le plantea y dándose la característica de que la madre denunció al padre por violencia de género, señala que: "El art. 5.6 de la Ley Valenciana 5/11 exige, para que se pueda excluir a uno de los progenitores de la convivencia con el menor, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y, como requisito adicional, que "a tenor de que dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor". Nada se ha acreditado ni razonado sobre que concurra dicho riesgo en el caso que nos ocupa. Desde luego, dicho riesgo no resulta del informe pericial elaborado en la causa penal (e incorporado al presente procedimiento), elaborado fundamentalmente para estudiar la veracidad del testimonio de la denunciante, y cuyas conclusiones no permiten sustentar la concurrencia de dicho riesgo. Sobre lo segundo, no existen informes sociales, médicos, psicológicos ni de ningún tipo en el que se indique que es necesario no establecer un régimen de custodia compartida para garantizar el interés superior del menor. Antes al contrario, en el informe pericial psicológico practicado en el procedimiento, la perito recomendó el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos no superiores a una semana; habiendo descartado la perito, a través de las pruebas psicodiagnósticas realizadas, "la presencia de cualquier tipo de síndrome o disfunción que fuera directamente proporcional con un inadecuado ejercicio de la guarda y custodia de su progenitor Don. X".

48 DE LA IGLESIA MONJE, MI, «La custodia compartida en los casos de violencia doméstica y el interés superior del menor» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 746, noviembre 2014, pág. 3266.

B. Norma de procedimiento

El interés superior del menor como norma de procedimiento, debe interpretarse como una serie de garantías procesales y que se centran en: el derecho a ser oído en juicio y la necesidad de que los órganos judiciales motiven las resoluciones que a ellos les afecte.

De esta forma, el concepto de «interés superior del menor» ha sido desarrollada por la Ley de Protección Jurídica del Menor y en el apartado 5 del artículo 2 del mencionado texto legal⁴⁹, se establece un elenco de garantías procesales que deben ser respetadas para la consideración de «interés superior del menor»:

Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha.

Todas estas garantías serán estudiadas desde el punto de vista del estudio principal de este trabajo, que no es otro que la necesidad de tener en cuenta al menor en los procedimientos de separación o divorcio o disolución de parejas de hecho y que siempre se llegue a adoptar la resolución que más le pueda beneficiar.

49 MÚRTULA LAFUENTE, V, «Valoración del interés superior del menor a la hora de adoptar medidas civiles en situación de conflicto parental» en *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de genero*, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 84.

En cuanto al derecho a ser oído, establece el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño de Naciones Unidas:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

En consonancia a las invitaciones de Naciones Unidas sobre este aspecto, el ordenamiento jurídico español, cambió de paradigma que la legislación española en 2005. Antes de la mencionada fecha, esta facultad del menor se configuraba como un deber y el énfasis negativo que ello conllevaba. Desde 2005, el menor tiene atribuido un verdadero derecho a ser oído y podrá instar a la autoridad judicial para declarar en el procedimiento donde se esté dilucidando temas relacionados con la guarda y custodia o temas patrimoniales⁵⁰.

En este sentido afirma BERROCAL LANZAROT que: *“los menores como individuos independientes y titulares de derechos subjetivos merecedores no solo de reconocimiento sino también de garantía y promoción, tienen legitimidad para participar en aquellas decisiones que les afecten”*⁵¹.

Los diferentes textos a los que se aludieron en el epígrafe anterior y que hacen alusión al «interés superior del menor», refieren la necesidad de que al

50 En este sentido establece el Código Civil en el artículo 92.6 154, tercer inciso la posibilidad de que el órgano judicial oiga a los menores para tomar la decisión sobre la guarda y custodia que más beneficie al «interés superior del menor». Parece que de forma contradictoria con lo dispuesto en la LEC al respecto. No obstante, la STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 5613) establece: *“La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”*.

51 BERROCAL LANZAROT, AI, «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia»... op. cit, Pág. 3289.

menor se le de la posibilidad de ser oído en aquellos procesos que les afectan salvo que esto *no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez*.

Es necesario precisar que la audiencia al menor no necesariamente debe hacerla el órgano judicial competente para resolver de las materias. Los enunciados de los preceptos, establecen que se tendrán en cuenta las opiniones de los menores que se extraigan: por un lado, de la exploración del menor realizada directamente por el órgano judicial competente para resolver la materia; o bien, por el equipo especialista si el grado de madurez o las circunstancias del caso concreto lo aconsejaban. Esto, en ningún caso supondría una privación al menor de su derecho a audiencia⁵² pues así lo prevé en el artículo 770.4 LEC.

Así, los órganos judiciales deberán tener en consideración la madurez y el grado de conciencia de los menores⁵³ para entender si es o no procedente su audiencia. En relación con el derecho a ser oído que asiste al menor, ha establecido la el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁴:

Su presencia física ante el juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto.

El derecho del niño a ser oído resulta tan trascendental que incluso la Observación General Nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado, hace alusión a:

⁵² De este modo, establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 19 de octubre de 2012 (RJ 11171): *“no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entenderse infringido en derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos”*.

⁵³ BERROCAL LANZAROT, AI, «La protección de los menores en situación de desamparo»...op. cit., pág. 3183. Establece la autora que *la madurez del menor habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso*. Y en cualquier caso, siempre los mayores de 12 años.

⁵⁴ Sentencia del 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010/410).

“Cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior del niño”.

Es evidente que el derecho a ser oído con el que está facultado el menor, debe complementarse necesariamente con el derecho de información sobre la materia que se dilucida y que le afecta. De esta forma, el deber de información de los poderes públicos, debe respetar todas las garantías procesales. Es decir, deberá ser informado en un lenguaje que sea comprensible y adaptado a sus circunstancias, al igual que deberá preverle de las consecuencias de su opinión⁵⁵.

Por otro lado, el órgano judicial debe velar porque la información que ofrece el menor está exenta de toda influencia. Así lo dispone el artículo 770.4 (inciso tercero):

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario⁵⁶.

En cuanto a la necesidad de motivación de las resoluciones que se dicten en un tema que a ellos les afecta, hay que tener en cuenta que los poderes públicos deben apreciar de forma prioritaria el «interés superior del menor», como se ha dicho repetidamente. Esta idea trasladada a las resoluciones judiciales supone que cuando el órgano judicial competente, dicta una resolución sobre una materia que al menor afecte, debe motivar, no solo el fallo de su decisión- por imperativo constitucional-, sino que debe referir los criterios por lo que estima que la decisión adoptada es en «interés superior del menor», es decir, debe señalar cuáles son los criterios que lo han llevado a tomar esta decisión y sus consecuencias presentes y futuras para el beneficio menor⁵⁷.

55 BERROCAL LANZAROT, AI, «La protección de los menores en situación de desamparo»... op. cit., pág. 3184.

56 La observación de NU nº 12 de 2009 sobre el Derecho del niño a ser escuchado, explica que el derecho del niño a expresar su opinión libremente significa que este *no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas*.

57 La STS de 4 de noviembre de 2013 (RJ 7074) señala al respecto que: *“la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el*

La justificación de esta afirmación, la podemos encontrar en la Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial al establecer:

No pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

Por último, haremos hincapié en la representación de los intereses de los menores en los procedimientos civiles del Ministerio Fiscal y ello, aunque los padres puedan determinar, consensuadamente, determinadas decisiones, estas deberán ser afirmadas por el órgano judicial previo informe del Ministerio Fiscal. Así, cuando se estima que una decisión consensuada por los padres puede perjudicar el «interés superior del menor» será revocada. Es importante precisar que el menor no tiene las mismas capacidades que los adultos y en estos casos, aunque son titulares de derechos fundamentales, no tienen capacidad de obrar. Es por ello, que lo harán a través de sus representantes. En España, la figura del Ministerio Fiscal debe velar por el estricto respeto de los derechos de los menores de edad⁵⁸.

Entre las funciones del Ministerio Fiscal, se encuentra la protección de los menores⁵⁹. De esta forma, el Fiscal intervendrá en defensa de los derechos e

órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor”. MORENO CATENA, establece que la resolución judicial de que se trate tiene que estar fundada, motivada de modo que se pueda saber porqué se ha tomado tal decisión. Demostrar que no es un impulso del juez ni un acto voluntarísimo. En «Sentencia de ‘La Manada’: ¿benevolencia judicial o pulcritud procesal?», en Vozpopuli: el valor de ser libres y fiables (<http://www.vozpopuli.com>).

⁵⁸ Tal y como dispone la Observación n° 13 del Comité: *Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión.*

⁵⁹ Informa a la Entidad Pública de Protección de Menores de cuantas situaciones tenga conocimiento cuando exista una menor en situación de riesgo o desamparo -entre

intereses de los hijos menores de edad, tal y como dispone el artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el artículo 749 LEC en el que se establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados/afectados sea un menor de edad y su omisión podría dar lugar a la nulidad de actuaciones por entenderse que puede afectar a los derechos reconocidos en el artículo 24 CE⁶⁰.

Esta intervención no puede quedarse solo en su presencia como mero garante del interés del menor, sino que pueda realizar de forma personal cualquier actuación que le lleve a considerar la afectación o no del «interés superior del menor» e instar al órgano judicial las medidas de protección que estime conveniente conforme a su libre criterio. debe ser una intervención activa. De la importancia de la intervención del MF se deduce de las palabras del TC en la Sentencia de 30 de enero de 2006 al establecer:

/.../es más, la ausencia del Fiscal en el acto de exploración no sólo impide a éste ejercer plenamente su función, sino que, precisamente por ello, causa también indefensión al menor que se ve privado del apoyo que el legislador ha querido darle. No otra es la razón por la cual en los procesos en que están en juego directamente los intereses de los menores, como ocurren en los de separación y divorcio, en los que se ventilan medidas tales como su custodia por uno u otro progenitor, que pueden no tener intereses coincidentes con los de los hijos, se llama como parte (imparcial) al Ministerio Fiscal, que, al no tener interés propio, puede realmente actuar en beneficio del menor, a diferencia de los padres que, velando por sus propias apetencias, pueden perjudicar la verdadera voluntad o necesidades del menor.- Por todo ello el Fiscal interesa que se le otorgue al amparo, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución española) y, en consecuencia, que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal para estar presente e intervenir en las exploraciones de las menores⁶¹.

otras las derivadas de delitos cometidos por menores de catorce años- para que se adopten las medidas legalmente previstas; Puede promover ante el Juez la adopción de medidas en protección de menores o impugnar las adoptadas por la Administración, cuando considere que no se ajustan a su superior interés; Conoce de las medidas (tutela automática, guarda, acogimiento) que las Entidades públicas competentes adopten para la protección de menores en situación de desamparo, e interviene en los procedimientos para su impugnación, Ejerce acciones en tutela de los derechos fundamentales de los menores.

60 Así lo estima la SAP de Cuenca de 5 de junio de 2000 (JUR 225096).

61 En parecido sentido establece la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2001 (JUR 179748): *“la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos regulados*

En definitiva, la protección del «interés superior del menor» debe estar por encima de cualquier otro interés con el que colisione como así lo ponen de manifiesto las diferentes normas. A pesar de ser un concepto jurídico indeterminado, la Jurisprudencia, ha marcado unos criterios específicos para “valorar” el interés del menor. La observancia del órgano judicial de estos criterios deberá realizarse caso a caso atendiendo a las características y peculiaridades de las situaciones familiares y del menor que existan. Para la estimación del órgano judicial del «interés superior del menor», se han regulado una serie de garantías que, atendiendo al grado de madurez del menor, deberán tenerse en cuenta: el derecho a ser oído, la motivación de las resoluciones que les afecten- incluso aquellas en las que se les priva del derecho a ser escuchado- y la intervención del MF en defensa de sus intereses.

IV. MODELOS DE GESTIÓN DEL CONFLICTO

No podemos terminar este capítulo sin hacer mención al modo en que podemos gestionar nuestros conflictos. A menudo, confundimos la gestión con la solución de la controversia, pero es necesario realizar una precisión importante porque no siempre lo uno lleva a lo otro necesariamente.

No puede confundirse la gestión del conflicto con la solución del mismo. Con la primera gestionamos los sentimientos y emociones, mientras que la solución del conflicto puede o no hacerlo, dependiendo de la forma que utilizemos para ello.

No existe una única forma de gestión de conflictos y esta es la virtud de esta metodología: será necesario atender a las circunstancias del caso concreto para determinar qué herramienta es la más adecuada para la mejor gestión del conflicto. Sin embargo, y lo veremos en el momento adecuado, hay determinados modos de gestión de conflictos que, aunque hay conseguido una buena posición y la confianza de algunos operadores jurídicos, todavía siguen

por dicha ley en los que alguno de los hijos sea menor de edad, intervención no limitada a la tramitación del proceso hasta la fecha de la sentencia firme, sino que se prolongará a su ejecución y a las incidentes que surjan durante tal ejecución de sentencia durante la minoría de edad de los hijos, dada la necesidad de velar por que no resulten perjudicados los intereses del menor ante el conflicto de intereses de sus progenitores de quienes dependen. La disposición 8ª no distingue estos efectos entre proceso contencioso o procedimiento de mutuo acuerdo, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en ambos supuestos”.

estando cubiertos por el proceso judicial como modo “estrella” para resolver la controversia.

Habitualmente, se ha considerado que la justicia era la única herramienta para la solución de conflictos. No obstante, hay que tener en cuenta que tal y como afirma MORALES FERNÁNDEZ: *el razonamiento jurídico es insuficiente para resolver determinadas tipologías de conflictos en las que inciden variables multidisciplinares. Es evidente que parece necesario incorporar otras metodologías que sitúen tres aspectos esenciales: el conflicto, la comunicación y la relación, con el fin de que los propios protagonistas autogestionen sus diferencias*⁶².

Existen varios métodos para llegar a la solución de un conflicto⁶³: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. Sin pretender adentrarnos en cada uno de ellos -pues no es el objeto de este estudio- si creemos necesario que señalemos las características básicas de cada uno de ellos para poder adecuar la fórmula elegida a las peculiaridades del conflicto específico.

La autotutela, es el método más primitivo que existe de resolución de conflictos. La ley del Tali3n, «el ojo por ojo y diente por diente». Hist3ricamente, se configuraba como una justicia “justa”, proporcional al da3o recibido. No obstante, en la mayoría de los ordenamientos jur3dicos, dicho modo de solucionar los conflictos, ha sido abolida pues no se entiende que con ella se consiga una verdadera soluci3n sino apaciguar, momentáneamente, los ánim3s de venganza.

Por otro lado, contamos con los métodos autocompositivos caracterizados porque son las propias partes las que llegan a la soluci3n de la controversia fruto del poder de disposici3n de las partes sobre el objeto litigioso (principio dispositivo). Dentro de los métodos autocompositivos hay que distinguir en-

62 MORALES FERNÁNDEZ, MG, “La mediación, contenido de la tutela judicial efectiva”, en *Mediación es justicia. El impacto de la ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, GEMME, Huygens, Barcelona, 2004, pág. 100.

63 La diferencia principal entre el proceso judicial y el resto de fórmulas es el ámbito de aplicaci3n. Me explico: al proceso judicial puede someterse cualquier conflicto, con independencia de la naturaleza jur3dica. Sin embargo, tanto el arbitraje como las fórmulas autocompositivas, tan solo se podrán plantear los conflictos que versen sobre derechos disponibles. No obstante, hay que tener en cuenta que si pretendemos que la mediación de un verdadero complemento a la justicia, es necesario que esta perspectiva se cambie y cualquier conflicto pueda someterse a mediación. Sin perjuicio de tener que ser incorporado al procedimiento en los supuestos de derechos no disponibles o cuestiones de interés general.

tre los mecanismos unilaterales, los bilaterales y aquellos en los que interviene un tercero coadyuvando a las partes a lograr sus objetivos. Entre los unilaterales, nos encontramos con la renuncia a la acción⁶⁴ y el allanamiento⁶⁵. Entre los segundos, se encuentran el desistimiento⁶⁶ y la transacción⁶⁷. Y, por último, con intervención de un tercero tenemos, entre otros, la conciliación y la mediación como alternativas o complementos a la justicia. Ya adelantamos que con la mediación nos detendremos más puesto que la estimamos como la fórmula más idónea para tratar los conflictos de familia, sobre todo, aquellos en los que existen hijos menores.

Por último, nos encontramos con los métodos heterocompositivos: el arbitraje y el proceso judicial. En ambos, un tercero situado supra partes impone la solución del conflicto mediante la aplicación de la ley y sin tener en cuenta las circunstancias que rodean el conflicto o a las partes. Además del ámbito material de aplicación, el arbitraje y el proceso judicial se diferencian en una importante cuestión. Ambos tienen la potestad para solucionar el conflicto, pero es el órgano judicial el único que tiene la potestad para imponer la solución del conflicto, es decir, para en caso de incumplimiento por las partes hacer ejecutar lo juzgado. Esta potestad es reconocida por el artículo 117.3 CE.

Determinar el modo más idóneo de gestionar nuestras disputas no es fácil. Lo que está claro es que cuando existen hijos menores de edad que forman parte inevitable de un conflicto, es necesario que la gestión del conflicto se

64 La renuncia a la acción supone el reconocimiento por parte del actor de que su pretensión es infundada. Supone la dejación del derecho material y de la acción. El órgano judicial, dictará sentencia absolutoria con efecto de cosa juzgada lo que significa que le proceso no podrá volverse a incoar con el mismo objeto procesal y con las mismas partes.

65 El allanamiento es la posición de la parte demandada que renuncia a la confrontación reconociendo la pretensión del actor. El allanamiento puede ser total o parcial dependiendo si acepta parte o la totalidad de la pretensión que el actor haya manifestado.

66 El desistimiento, Parte que inicia el proceso abandona la acción. La voluntad del actor es renunciar a un proceso determinado, en un concreto momento. El conflicto no se resuelve permanece imprejuzgado. La bilateralidad viene por la necesidad de que el demandado preste consentimiento. Es decir, si el demandado no presta su consentimiento el proceso tienen que continuar. Con esto se evita que el demandado esté siempre pendiente de la posible formalización de un proceso en su contra. Además, con ello, también se prevé la posible utilización del proceso como modo de paralización de la prescripción y así tener la acción latente todo el tiempo que queramos.

67 La transacción supone la Concesión recíproca de ambas partes en sus pretensiones y en su resistencia. Son las partes, mediante la cesión los que resuelven de forma definitiva e irrevocable el conflicto.

haga teniendo en cuenta dos factores importantes: por un lado, que la relación entre las partes directamente enfrentadas tiene que perdurar por un bien común, la protección y salvaguarda del menor; y por el otro, que la gestión del conflicto se debe realizar de la forma menos traumática para los niños y que la solución que se adopte sea la más idónea para proteger y salvaguardar el «interés superior del menor».

CAPÍTULO II

LA JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO DE FAMILIA

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos de pareja son una de las modalidades más comunes de los conflictos de familia. Así, en el 2017 hay una tasa media de 2,8 divorcios por cada mil habitantes mayores de 16 años¹.

Como se ha avanzado, los conflictos de pareja tienen una serie de características propias que dificulta su gestión. Las emociones que se tienen para con la otra parte de la controversia, así como la existencia de hijos menores de edad, hacen que estos conflictos se agraven y escalen hasta términos insospechados. La necesidad de mantener la relación con la otra parte del conflicto, resulta sin duda, traumática para alguna de las partes.

Estamos en un momento muy delicado para la Justicia. Nos encontramos ante una profunda crisis de la Administración de Justicia. Y parece que esta relación de malestar que la sociedad tienen con los jueces y magistrados, va en aumento. Sin embargo, parece que el dicho popular de: “más vale lo conocido que lo malo por conocer”, se da en esta circunstancia. Me explico: a pesar de las críticas continuas que las decisiones de jueces y magistrados tienen por parte de la sociedad, existe una tendencia en alza que se basa en la judicialización de las relaciones sociales. Es decir, todo tipo de relaciones, todo tipo de conflictos, tienden a ser llevado ante los jueces y magistrados para que estos sean los que decidan la solución del mismo.

Esta relación paternalista del Estado para con la sociedad, por supuesto, se ve en las relaciones de pareja y en los conflictos que de ella derivan. Los datos registran un incremento notable en los divorcios controvertidos. Se puede señalar que, en el 2017, un 41,29% de los divorcios, son no consensuados por las partes². Son sometidos a los tribunales, para que estos decidan los términos en los que se “soluciona” el conflicto, así como, los términos en los que se desarrollará la relación futura.

¹ Fuente: INE y CGPJ.

² Esto supone un incremento de los divorcios controvertidos en los últimos tres años, a pesar de que la tasa de divorcios global, haya descendido. Datos extraídos del INE y CGPJ. Gráficamente puede comprobarse en el Anexo I (<http://dx.doi.org/10.21950/VCXBXI>).

Parece que todos los conflictos de pareja son importantes, pero resulta de un mayor interés aquellos en los que existen hijos menores puesto que la relación debe perdurar en el tiempo por el bien del menor y en la búsqueda de su interés. Este es el motivo por el que este trabajo se centrará en los conflictos de pareja cuando existen hijos menores y en la búsqueda de fórmulas que permitan el desarrollo del ansiado «interés superior del menor».

Cada conflicto de familia que se suscita tiene unas peculiaridades específicas que lo hacen único. No existen fórmulas mágicas ni pueden existir estereotipos para determinar qué fórmula es más idónea para resolver un conflicto. Lo que es cierto, es que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para determinar qué mecanismo es el más apto para ayudar a las partes a reencontrarse en el diálogo y en la comunicación.

Ya se adelanta que, en mi opinión, cuando hay hijos menores, el procedimiento judicial no es el más idóneo en la mayoría de los casos. Sin embargo, es el más utilizado. Es por ello, que se hará una exposición del procedimiento de familia tal y como lo recoge la LEC. Antes de continuar, y para clarificar y centrar el tema de exposición, quiero hacer alusión al eje principal de este trabajo. Aunque si bien es cierto que en muchas ocasiones la tramitación y los efectos pueden ser similares entre la separación y el divorcio, esta exposición se centrará fundamentalmente en el procedimiento de divorcio, habida cuenta que la separación ya no supone un “requisito” para la disolución del vínculo.

II. EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

El artículo 39 CE establece uno de los principios rectores de la política social y económica a la familia. En este sentido señala:

“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

Parece excesivo para este trabajo entrar en la consideración del concepto de familia. Lo que sí parece necesario para la delimitación del trabajo es:

intentar establecer los elementos necesario de dicha institución. Es evidente que la concepción actual de la familia está en continua adaptación a las realidades sociales. Afortunadamente, parece que ya se está desfasando la idea de la estructura tradicional basada en la división de roles en razón del sexo de los miembros de la pareja³. Hoy en día, son muchas las concepciones de familia que pueden entenderse en la sociedad, y todas ellas, tienen que ser reconocidas como tales y dotarlas de la protección a la que se refiere el artículo 39 CE.

Igualmente, y relacionado con lo anterior, nuestro texto constitucional, en su artículo 32 y en relación a los derechos y deberes de los ciudadanos, establece:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Siendo esto así se reconoce el derecho de contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. No obstante, por la trascendencia de los efectos del matrimonio para con terceros, el Estado *no puede configurar el matrimonio como un negocio puramente consensual y de libre ejecución de una forma o formas determinadas*⁴. Por ello, el Estado reconoce determinadas formas de celebración matrimonial y siempre que se cumplan con los requisitos legalmente establecidos para la válida constitución del mismo.

Con respecto a las causas de separación y divorcio, la CE no establece ningún procedimiento, por lo que debemos estar a lo que se disponga en las leyes civiles sustantivas y procesales.

Y es a este punto, a lo que dedicaremos el estudio de este capítulo, al procedimiento de divorcio.

Creo necesario justificar el porqué tano solo estudiaremos el procedimiento de divorcio y no los de separación. Adelantándome al estudio posterior sobre la materia, la ley de 2005, que modifica la separación y el divorcio en España, ha suprimido la necesidad de que los cónyuges que deseen la disolución matrimonial tengan que pasar por el procedimiento de separación. Algo lógico puesto que esto suponía un gran esfuerzo tanto emocional como económico. En este sentido señala GUILARTE, *que parece lógico que la separa-*

3 BELLO JANEIRO, D, «El derecho de familia en la Constitución Española», en HERRERA CAMPOS, R; BARRIENTOS RUIZ, MA (Eds.), *Derecho de familia en el Siglo XXI*, Volumen I, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, pág. 47.

4 *Ibidem*. pág. 56.

*ción perderá gran parte de su vigencia. Y es por ello, que no se la dota de un régimen específico y diferente al divorcio*⁵.

Y esta es la realidad española: desde el 2005, los datos de las separaciones apuntan a un descenso. Concretamente en 2006, las separaciones bajaron alrededor de un 83% con respecto a las acaecidas en el 2004. Puede comprobarse en el gráfico siguiente que a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005, la tendencia es una disminución notable de separaciones⁶:

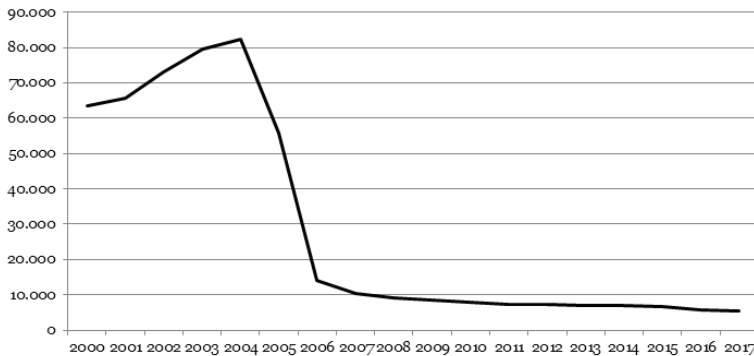


Gráfico 1. Evolución de las separaciones en España.

En 1981, se introdujo en nuestro ordenamiento, por vez primera, la posibilidad de ruptura del vínculo matrimonial a través de la institución del divorcio. Se hizo, bajo una serie de requisitos entre los que se encontraba la necesidad de existencia de una causa que legitimara tal decisión y por supuesto, tras haber pasado por un procedimiento de separación judicial que diera la oportunidad a las partes a recapacitar la decisión.

En 2005, tras la necesidad de adecuación a la realidad social, se reforma el Cc y la LEC y se introducen importantes novedades en el seno del procedimiento matrimonial: por un lado, se da cabida a la posibilidad de acudir directamente al divorcio, sin necesidad de pasar por la separación, desapareciendo la casuística para la iniciación del procedimiento de ruptura del vínculo.

5 GUILARTE GUTIÉRREZ, V, «Comentarios del nuevo artículo 81 del Código Civil» en GUILARTE GUTIÉRREZ, V (Dir.), Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio Ley 14/2005, de 8 de julio, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 40.

6 Elaboración propia a partir de los datos publicados por el INE.

lo lo que facilitaba en gran medida las cosas- por ejemplo, la reducción de los procedimientos a efectos temporales-. Por otro lado, se abre la posibilidad de la mediación familiar consensuada por las partes. Y por ultimo, una importantísima novedad relacionada con los hijos menores de edad que se centra en la previsión de custodia compartida -tema al que dedicaremos parte de este estudio-.

A través de este procedimiento, se regulan los supuestos de ruptura de la relación matrimonial y sus principales consecuencias⁷.

La ruptura matrimonial puede devenir de forma consensuada o controvertida. Los trámites son diferentes, como así se establecen en la LEC pero tiene algunos elementos comunes.

Por ello, para una mejor estructuración del capítulo estudiaremos: en primer lugar, los elementos comunes o que afectan a ambos procedimientos -al consensuado y al controvertido-; y en segundo lugar, nos detendremos en las fases en la tramitación procedimental por la que hay que pasar en un caso o en otro para obtener la ruptura del vínculo matrimonial.

1. Elementos comunes a los procedimientos de divorcio

La ruptura matrimonial puede vivirse de dos formas completamente diferentes: puede hacerse de forma consensuada o por el contrario, puede tramitarse por el procedimiento contradictorio.

A nadie se le escapa que siempre el procedimiento consensuado será una mejor opción para las partes. Sobre todo, si existen hijos menores. Fundamentalmente: porque el conflicto familiar cuanto más violento y más contradictorio resulta más perjudicial para las partes en el conflicto como para los hijos menores que sufren la mala relación entre sus progenitores, redundando en diferentes comportamientos de conducta como la depresión, el fracaso escolar, etc.

No obstante, esta opción no es siempre posible. Las partes pueden encontrarse saturadas por la ruptura matrimonial y alojadas en el conflicto como creencia de que supone la mejor opción. Si no hay mecanismos que puedan hacer a las partes reflexionar y despejar la idea de la lucha constante, el procedimiento puede ser doloroso tanto emocional como económicamente, además, de alargarse en el tiempo más de lo deseado.

7 MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 5^o edición, pág. 63.

Ambos procedimientos encuentran regulación legal en la LEC y aunque la tramitación es diferente, cuentan con una serie de especialidades y puntos en común. Es por ello, que se cree necesario hacer un repaso de estos aspectos. Así, se comenzará por las especialidades en los procedimientos de familia y continuaremos con los puntos comunes en los que iremos señalando las diferencias que puedan existir entre las distintas tramitaciones.

A. Especialidades del procedimiento de familia

Los procedimientos de familia se regulan por las disposiciones contenidas en el Capítulo IV del Libro I del Libro IV bajo la rúbrica «de los procesos especiales».

Fundamentalmente, esta especialidad se justifica en la indisponibilidad del objeto del proceso⁸. Es decir, las normas jurídicas aplicables son de *ius cogens*, lo que significa que *lo determinante no es la autonomía de la voluntad de los particulares, sino la aplicación en sus exactos términos de esas normas*⁹.

Se refiere lo dicho anteriormente, a que las partes no podrán disponer voluntariamente del proceso- por lo que no cabe una terminación anormal del mismo- pero además exige que la discusión sea resuelta por una sentencia judicial y tras el desarrollo del procedimiento. En este sentido, establece la Circular 1/2001, de 5 de abril sobre la Incidencia de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del MF: *“procesos matrimoniales en los que están en juego los intereses de menores de edad o incapaces, son controversias jurisdiccionales impregnadas de un claro significado público que, como tal, trasciende al particular interés de los litigantes y reclama una atención por parte de quien, en el ámbito de la Administración de justicia, ha de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. A ello habría que añadir que el significado constitucional de toda actividad jurisdiccional y su incidencia sobre el círculo de derechos fundamentales de la persona, con-*

8 Acerca de las especialidad establece GARCÍA ABURUZA, MP: *“Son situaciones en las que el Estado tiene intereses propios que defender, y lo hace propiciando una mayor intervención del Ministerio Fiscal, o bien modificando los principios inspiradores del proceso civil. De este modo, la intervención del Estado será proporcional a la intensidad de los intereses que deba defender”* en «Especialidades de la prueba en los procesos matrimoniales» en *Boletín Aranzadi civil-mercantil*, núm. 48/2002.

9 MONTERO AROCA, J; FLORS MATÍES, J; ARENAS GARCÍA, R, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 (consultado en <http://www.tirantonline.com/TOL951.956>).

vierte el proceso civil en algo más que el marco de una controversia privada, superando concepciones adjetivas que ya han quedado para la historia”.

Se plantea igualmente la posibilidad de que en los procedimientos especiales exista una especialidad a esto. Me explico: tras la reforma operada en 2005, las previsiones realizadas por el Cc sobre el divorcio exigen un pronunciamiento judicial pero no en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales sino que basta con un acto de jurisdicción voluntaria. A mi parecer, primaría la voluntad de las partes en cuanto al desarrollo y consecuencias del divorcio. En este sentido señala la doctrina: *aunque no pueden decretarse exclusivamente por la sola voluntad de las partes, y por ello es necesaria siempre una resolución judicial, si están fuertemente determinadas por esa voluntad. Se trata de que para dictar esa resolución no se precisa de la existencia de un verdadero proceso, bastando que en un expediente de jurisdicción voluntaria se constate la existencia de la voluntad de los dos cónyuges o incluso de la voluntad de uno de ellos, aparte del transcurso de un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio. Hoy la separación y el divorcio se decretan siempre por un juez, pero éste no actúa jurisdiccionalmente*¹⁰.

Sin embargo, tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en determinados procedimientos matrimoniales que cuenten con determinados requisitos, no siquiera es preceptiva la intervención del órgano judicial. En estos concretos supuestos, el divorcio podrá ser decretados con plenos efectos jurídicos por el Letrado de la Administración de Justicia o por el Notario que eleve a documento público la voluntad de divorciarse de las partes- es decir, oponible ante terceros-. De este modo, parece que se aleja de la indisponibilidad absoluta de la materia por las partes. Igualmente, la posibilidad que concede la LEC a las partes de acudir a mediación para solventar sus controversias, suaviza esta indisponibilidad.

En cuanto a la indisponibilidad del objeto del proceso, hay que hacer una doble precisión: por un lado, lo que se establece en el párrafo primero del artículo 751: *“En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”*. Y por otro, lo que señala el apartado tercero del mismo precepto: *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser*

¹⁰ MONTERO AROCA, J; FLORS MATÍES, J; ARENAS GARCÍA, R, *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005...* op. cit.

*objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley*¹¹.

Es decir, por un lado tenemos las materias relativas al divorcio, como materia de interés público. Y por el otro, las materias disponibles sobre las que las partes tienen todo el poder.

En relación a la primera de las precisiones: el propio divorcio, no surte efecto ni la renuncia, allanamiento o transacción. Lo de la renuncia parece lógico puesto que, como señala CALAZA LÓPEZ: “*nadie puede renunciar a la nulidad, separación o divorcio, provocando, con ello, una sentencia, donde, de atenderse a semejante pretensión, se fijase la indisolubilidad o irrupción presente y futura del vínculo matrimonial con eficacia de cosa juzgada*”¹².

Referente a la prohibición del allanamiento y la transacción hay que tomarla con cierta cautela. Cierto es que el párrafo primero del artículo 751, lo prohíbe expresamente. No obstante, el apartado tres lo permite sobre las materias en las que rige la autonomía de la voluntad¹³. Por ello, en los procedimientos matrimoniales, podrá darse una allanamiento parcial sobre las materias de libre disposición por las partes, así como una posible transacción sobre las misma¹⁴. De forma que, deben ser aprobadas por el órgano judicial competente, que esté conociendo la causa, siempre que no suponga una afectación a los intereses de una parte.

En lo relativo a la intervención del MF en los procedimientos matrimoniales, se determina que su presencia es preceptiva. Esta intervención encuentra auspicio constitucional en el artículo 124 CE. Es cierto que no siempre actuará: en cualquier caso, cuando el procedimiento se ventilará por los cauces del divorcio controvertidos. Y en los procedimientos consensuados, cuando

11 Al respecto LACALLE SERRER, E; SANMARTÍN ESCRICHE, F, «Disposiciones comunes a los procedimientos matrimoniales», junio 2010 (disponible en <http://www.tirantonline.com> / TOL1.862.746).

12 CALAZA LÓPEZ, S, *Proceso de familia y división de patrimonios*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 202.

13 Esto es de aplicación también a la renuncia. Así, aunque estemos en un procedimiento de divorcio cuyo objeto es indisponible, cabe disposición por las partes en aquellas materias en las que rige la autonomía de la voluntad. STS de 10 de enero de 2018.

14 La SAP de Cádiz de 18 de junio de 2002 (JUR 225628) señala que: *En estos procedimientos rige el principio de indisponibilidad del objeto, y como consecuencia de renuncia, allanamiento o transacción, limitando igualmente el desistimiento. Estas prohibiciones deben conectarse, no obstante, con la posibilidad de procedimiento de mutuo acuerdo.*

alguna de las partes tenga la capacidad modificada judicialmente, esté en situación de ausencia legal o existan hijos menores. Actuará como parte legitimada aunque no haya promovido el procedimiento ni tenga que ejercer la defensa de ninguno de ellos¹⁵ pues la materia afecta a un interés público. Lo que se pretende con la intervención del MF es velar por la protección de los intereses de las partes, cuidando para que las decisiones que se adopten no perjudiquen a ninguna de ellas. Del mismo modo, cuando existan hijos menor su intervención se centrará en el estricto respeto y garantía del «interés superior del menor» en cualquier medida adoptada.

Hay que tener presente que tal y como afirma el TS:

“La actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos es la de un simple informante, dictaminador y garante del interés público, pero no la de una verdadera parte procesal con sus correspondientes derechos, deberes y cargas”¹⁶.

Por lo que la no intervención en la audiencia, no puede suponer la nulidad de las actuaciones. Puesto que su no intervención en la audiencia no significa que no haya participado en el procedimiento. Por ello no podemos considerar que su falta de asistencia a la audiencia pueda generar indefensión siempre que se haya dado preceptiva intervención como parte al MF¹⁷.

Se debe abordar otras de las diferencias o especialidades que tiene la tramitación de estos procedimientos y que es relativa a la preclusión. Como regla general el artículo 136 LEC establece:

“Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda”.

Sin embargo, en la regulación de la tramitación procesal de estos procedimientos se señala una especialidad a este respecto y que determina la posibilidad de introducir hechos en cualquier momento. Por lo que el principio de preclusión decae en estos casos. Así señala el artículo 752.1 LEC:

¹⁵ MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, Derecho procesal civil... op. cit, pág. 37.

¹⁶ STS de 6 de febrero de 1991 (RJ 1147). SAP de Cádiz de 19 de junio de 2015 (JUR 196315).

¹⁷ SAP de Barcelona de 24 de abril de 2015 (JUR 156255).

“En los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

Siendo esto así, el órgano judicial deberá contestar a todas las pretensiones propuestas durante el procedimiento con independencia de que lo hechos alegados no se hayan introducido en el debate en el momento procesal oportuno, ya que en estos procedimientos no regirá el principio de preclusión¹⁸.

Igualmente, en los pronunciamientos que resuelvan estas controversias, fundamentalmente, aquellas que se señalan para regular el desarrollo de las relaciones desde el momento de la ruptura, no podrán ajustarse, estrictamente, al efecto de cosa juzgada. Si bien es cierto que la cosa juzgada genera seguridad jurídica, no lo es menos, que en los supuestos que estudiamos, las circunstancias pueden variar con el paso del tiempo. Y quizás el seguir con una medida establecida podría suponer cierta indefensión y desprotección de alguna de las partes. Por ello se estableció la posibilidad de modificar las medidas establecidas cuando existe “una alteración sustancial de circunstancias”¹⁹.

En íntima relación con lo anterior, existe una especialidad relativa a la prueba en este tipo de procedimientos. Esta especialidad viene justificada en

18 Así lo pone de manifiesto la SAP de Murcia de 4 de junio de 2009 (JU302168): *De una parte, estamos ante un procedimiento especial, en el que hay cuestiones de orden público, respecto de las cuales el Juez puede incluso actuar de oficio, sin que exista petición de parte (así resulta del art. 751 LEC y 91 C. c.), y no rige la preclusión de plazos, debiendo dictarse sentencia aunque la incorporación de los hechos no se haga en los escritos iniciales (art. 752 LEC). STS de 8 de marzo de 2017 (RJ 160) dispone: es un proceso especial, en el que se aplican de forma flexible las reglas sobre preclusión de alegaciones y admisión de medios de prueba.*

19 SAP de Segovia de 13 de julio de 2000 (JUR 228141): *“si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del C.C., es decir en los casos en los que se produjese “una alteración sustancial de circunstancias”.*

la naturaleza que del derecho que se pretende tutelar. De este modo, el artículo 752 LEC, deja entrever que la prueba se podrá realizar en cualquier momento -decaendo el principio de preclusión-. Además, establece que las pruebas se podrán solicitar a instancia de parte o del MF, pero también podrá el órgano judicial decretar de oficio aquellas que estime pertinente para la resolución de la causa. En cuanto a la valoración de la prueba, también cambia el criterio que se aplica a la generalidad de procedimientos. Así, establece el artículo 752.2: *“/.../Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos”*.

Para finalizar, hay que hablar de otra de las peculiaridades de este procedimiento es la publicidad restringida. La regla general, para todas las actuaciones judiciales es la publicidad de las mismas conforme a lo establecida en la LOPJ, en su artículo 229:

Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.

Para el proceso civil, la LEC, en su artículo 138, señala la regla general de publicidad absoluta y las excepciones a la misma:

Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública.

Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

De este modo, y para el caso que nos ocupa, conforme a las previsiones señaladas por los preceptos mencionados, cuando existen menores de edad o afecte a la vida privada de las partes, la tendencia es la celebración a puerta cerrada de las vistas. Es decir, se restringe la publicidad externa del procedimiento²⁰. No obstante, en los procedimientos matrimoniales se permite la

20 Así lo pone de manifiesto el artículo 754 LEC que se refiere a la exclusión de la

celebración a puerta cerrada, decretada de oficio o a instancia de parte, fuera de los supuestos que señala la ley.

En cuanto a la publicidad interna, tan solo anotar, que también podrá restringirse en determinados supuestos en la exploración de los menores sin que ello pueda provocar indefensión para las partes. Pero sobre esta cuestión, nos ocuparemos más adelante.

En conclusión, en torno a las especialidades estudiadas, cuando en los procedimientos de familia, concretamente, en los procedimientos de divorcio, se aleguen pretensiones de naturaleza disponible no les serán aplicables dichas especialidades, sino que se regularán por el régimen general previsto en las disposiciones de la LEC.

B. Principio dispositivo y de justicia rogada

El proceso civil se rige por una serie de principios relativos al objeto del proceso como son el principio dispositivo y el de justicia rogada y en íntima relación con el principio de aportación de parte en el que se inspira la formación del material fáctico, como así lo pone de manifiesto la EM de la LEC. Es importante hacer alusión al significado del principio dispositivo puesto que hace referencia al poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso. Y a estos ya nos referimos en el apartado anterior al estudiar las limitaciones de renuncia, allanamiento y transacción que pueden tener los procedimientos familiares. Es por ello, que este apartado se concretará en el principio de justicia rogada y el principio de aportación de parte -íntimamente relacionado con el principio dispositivo- entendido como *la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al Juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición*²¹.

Su existencia supone que son las propias partes con las alegaciones de sus pretensiones las que conforman el objeto del proceso y por ello, el juez se debe centrar en resolver sobre lo que las partes piden, es decir, la aplicación de estos principios implica una adecuación entre el fallo y las cuestiones plan-

publicidad: “En los procesos a que se refiere este Título podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley”.

21 CORDÓN MORENO, F, «Comentario al art. 19 de la LEC. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión» en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2001.

teadas y debatidas por las partes en el proceso. En su defecto, la sentencia estará viciada de incongruencia²².

Hay que tener presente que el objeto de este tipo de procesos se confirma de una serie de pretensiones de diferente naturaleza: por un lado, las que se refieren a la declaración de divorcio -ruptura del vínculo matrimonial-; y por otro, las que se refieren al aspecto personal y patrimonial derivado del mismo²³. De este modo, y como a continuación se expondrá, las especialidades relativas a los principios dispositivos, de aportación de parte y de rogación, solo serán aplicables a aquellas cuestiones que se refieran a la parte no disponible del objeto procesal, así como a las pretensiones patrimoniales o personales cuando afecten al «interés superior del menor» -en caso de existir- o perjudique gravemente la situación de una de las partes del procedimiento.

De este modo, en los procedimientos de familia, estos principios ceden ante determinados intereses²⁴: los de los hijos menores. Es decir cuando existe alguna cuestión relativa a los hijos menores de edad que los progenitores no hayan suscitado ante los tribunales, el juez que conozca de la causa, podrá de oficio resolver sobre esta cuestión sin que se considere, dicho pronunciamiento, incongruente. Esto se debe a que las normas jurídicas en relación con esta materia deben ser consideradas como normas imperativas²⁵.

En este sentido, señala la jurisprudencia²⁶:

22 Apartado VI de la EM LEC: *“los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”*.

23 En este sentido Vid. CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de...* op. cit., pág. 205.

24 A este respecto se refiere la EM que estos principios se aplicarán *excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción*.

25 A este respecto señala ZARRALUQUI, en este tipo de procesos, el juez puede resolver sobre materias sobre las que nadie le ha pedido que se pronuncie y puede utilizar con mayor amplitud sus facultades para acordar pruebas no solicitadas por las partes. En «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres» en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 39.

26 SAP de Teruel de 6 de febrero de 1995 (AC 269).

Las resoluciones judiciales en materia de divorcio o separación no dejan de estar sujetas a los principios procesales relativos a la libre disposición de las acciones y el carácter rogado de la justicia dentro del orden jurisdiccional civil -pero asimismo, y a menudo en muy delicado equilibrio con ellos, a las reglas de Derecho necesario aplicables a cuestiones instituidas como de orden público: básicamente, el interés de los hijos, lo que hace que no deban albergar un auténtico pronunciamiento acerca de causas distintas de aquellas que hayan de tenerse por efectivamente alegadas ello sin perjuicio de lo que, en cambio, resulte hacedero frente a un desacierto o lapsus de la parte a la hora de delimitar los aspectos jurídicos del motivo argüido, que sí incumbiría por de contado a los jueces reparar en virtud del apotegma «Iura novit curia».

En estos supuestos se encontrarán las materias relativas a la pensión de alimentos de los hijos menores de edad, reconocidas en el artículo 148 Cc²⁷. Sin embargo, el caso más llamativo de la relajación del principio dispositivo y de justicia rogada, es la posibilidad de que el juez, que conozca de un procedimiento de divorcio, conceda la guarda y custodia compartida de los hijos menores, tal y como prevé la LEC. A este aspecto nos referiremos posteriormente al hilo del estudio de este punto concreto.

Igualmente, cuando nos encontramos ante un procedimiento de divorcio consensuado, se requerirá del órgano judicial la homologación del acuerdo que hayan adoptado las partes, ejerciendo así un control de legalidad sobre lo convenido por ellas²⁸. En este caso, el órgano judicial estime que el contenido del convenio regulador afecta negativamente a la igualdad entre las partes o a la protección del «interés superior del menor», podrá rechazarlo *sin contravenir con ello el principio civil de justicia rogada, atemperado en esta materia*²⁹.

Puede entenderse, por los pronunciamientos judiciales, que la limitación de los principios dispositivos o de justicia rogada no está vigente para todos los temas relacionados con el divorcio, ni tampoco, aún afectando a menores, en algunos trámites procesales. Así, cuando las materias afectan tan sólo a las partes del proceso, es decir a los contendientes directos -miembros de la pa-

27 MARTÍN LOPEZ, MT, «Problemática en torno a la pensión alimenticia» en *Revista de Derecho de familia*, núm. 61/2013.

28 Como refiere GARCÍA GARCÍA, con el convenio regulador se permite a los cónyuges que sean ellos mismos los que regulen las consecuencias derivadas del divorcio. En *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 87.

29 ALFONSO RODRÍGUEZ, E, «Comentarios al artículo 91 del Código Civil» en *Comentarios del Código Civil*, Civitas, Madrid, 2016 (Consultado en Aranzadi BIB 5958).

reja- la actividad decisoria del juez debe centrarse en lo alegado por las partes sin que pueda, de oficio, otorgar más beneficio a una que a otra³⁰.

En este sentido, en relación con la pensión compensatoria a la que se refiere el artículo 97 Cc, establece³¹:

La ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer.

Tampoco cederá el principio de justicia rogada, aunque afecte a hijos menores, la tramitación de las medidas provisionales que regularán el desarrollo de la nueva situación hasta que exista pronunciamiento judicial³².

C. Órgano competente

Se ha anunciado -y posteriormente estudiaremos- que el divorcio puede tramitarse de forma consensuada o no. Ambas modalidades necesitaban de la homologación judicial. No obstante, a partir de la entrada en vigor de la Ley

30 Siempre que con la situación de separación y divorcio no se produzca un perjuicio para alguna de las partes que pueda contravenir el principio constitucional de igualdad.

31 SSTs de 2 de diciembre de 1987 (RJ 9174); de 4 de noviembre de 2011 (RJ 758); de 20 de abril de 2012 (RJ 233); de 25 de marzo de 2014 (RJ 2489); de 11 de diciembre de 2015 (RJ 5414); de 10 de enero de 2018 (RJ 56): “la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración”. Asimismo, la SAP de Barcelona de 19 de enero de 2000 (JUR 142511) señala en relación a la pensión compensatoria: “rigiéndose esta materia por el principio de justicia rogada, no puede tampoco concederse aquello que no ha sido perdido”. En el mismo sentido ROCA TRÍAS, E, «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en Comentarios del Código Civil, Civitas, Madrid, 2016 (consultado en Aranzadi BIB 5692). PANIZA FULLANA, A, «Autonomía privada y pensión compensatoria: ¿redefinición o establecimiento de límites?», en *Revista doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7/2014.

32 LÓPEZ DE LA CRUZ, L, «Comentarios al artículo 103 del Código Civil» en *Comentarios del Código Civil*, Civitas, Madrid, 2016 (Consultado en Aranzadi BIB 5965). Establece la autora que la solicitud de medidas provisionales se trata de un supuesto de justicia rogada, pues sólo es admisible su tramitación cuando las medidas hayan sido solicitadas con la demanda o la contestación a la misma.

15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, en determinados supuestos se ha suprimido la facultad del órgano judicial para decretar el divorcio a favor de los Letrados de la Administración de Justicia o del Notario como detentadores de la fe pública judicial y extrajudicial.

Que existan órganos no judiciales que ostenten competencia sobre la materia es algo novedoso. Hasta este momento, el Estado Civil de las Personas se entendía como un tema no dispositivo y las partes no podían disponer de él. Se hacía preceptiva la intervención de un órgano judicial que, efectivamente, le diera valor a la decisión previa adoptada por las partes de separación o disolución del vínculo.

Sin embargo, los procedimientos de divorcio para los que ostentan la competencia los Letrados de la Administración de Justicia y los Notarios³³, tienen que contar con una serie de requisitos establecidos en la Ley:

1. Que no existan hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente;
2. Que el divorcio sea consensuado por las partes.

33 Tiene especial consideración, el Informe que el CGPJ realizó al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria. El Consejo, parece desaprobador la concesión de esta competencia al Notario en tanto que: *“El prelegislador parece concebir que, salvo el caso de que el matrimonio tenga hijos menores o con la patria potestad prorrogada, la separación y el divorcio son actos o negocios jurídicos que constituyen un simple reverso del matrimonio. Y que, puesto que dos personas podrán casarse expresando su consentimiento matrimonial ante Notario, también deberían poder hacer otro tanto, expresando un consentimiento de signo opuesto, para separarse o divorciarse en los que podríamos llamar casos fáciles. Frente a este enfoque, debe observarse que el matrimonio no es sólo, o no tanto, un acto o negocio jurídico de tracto único, que en efecto se celebra ante un funcionario, ministro de culto o autoridad investidos por la ley con la competencia apropiada, sino un estado en el que se penetra a través de ese acto inicial de prestación del consentimiento y en el que se permanece durante un periodo de tiempo más o menos extenso, en el cual los cónyuges van tejiendo una compleja red de relaciones personales, familiares y patrimoniales, fruto de su convivencia y proyecto en común, que es precisamente a la que está llamada a poner fin la separación (de forma no definitiva) y el divorcio (de forma definitiva). Desde este punto de vista, se explica que la separación legal o el divorcio, aunque sean de mutuo acuerdo y no haya hijos menores o dependientes, no puedan ser fruto del mutuo disenso sino que deban ser decretados por la autoridad judicial”*. Es más, el CGPJ, entiende que cuando las partes presentan el Convenio regulador, el Juez, al tener que visar en cualquier caso el convenio regulador presentado por los esposos, aprobándolo o no, o completándolo en lo que resultare incompleto, desempeña un papel tuitivo y decisorio en el que difícilmente puede ser sustituido por otra autoridad o funcionario.

Esta función, les viene atribuida por el artículo 87 Cc:

“Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.”

De este modo, cuando nos encontremos ante un divorcio que cuente con estos requisitos las partes podrán plantear una demanda de divorcio que finalizará en un decreto dictado por el LAJ, en la que se establece el divorcio de la pareja. Así lo pone de manifiesto el artículo 777.10 de la LEC:

Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador. El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges.

Las partes, igualmente, podrán elevar ante notario a escritura pública los convenios reguladores³⁴ del divorcio³⁵. Y como es lógico, para que esto tenga

34 En este sentido, establece ARROYO, E., «Divorciarse ante notario: una opción rápida al alcance de todos», en *Escritura Pública*, enero-febrero 2016, pág. 68-69: “en los divorcios, el notario se convierte en un tercero que asesora a las partes de forma imparcial, asegurándose de que ambos cónyuges son plenamente conscientes. Para divorciarse ante notario tienen que haber pasado al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. En los divorcios, el notario se convierte en un tercero que asesora a las partes de forma imparcial del convenio que firman. A la vez, les podrá aconsejar en cuestiones vinculadas a los bienes en común o a la liquidación del régimen económico matrimonial.” En mi opinión, el notario tan sólo debería velar porque los términos del Convenio no perjudicaran a ninguna de las partes. No debe convertirse en asesor ni un consejero puesto que las partes le someterán un convenio regulador que contenga los efectos del divorcio y para lo que han podido contar con el asesoramiento de un abogado.

35 Sobre la naturaleza del divorcio ante notario: NÚÑEZ IGLESIA, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», en *Revista de Derecho Civil*, volumen II, núm. 4, octubre-diciembre de 2015, pág. 157: “Porque, en este caso, la separación matrimonial o el divorcio ya no es una «decisión del Estado, adoptada a través de los órganos jurisdiccionales, previo ejercicio de una acción»; es acto de la autonomía privada de los cónyuges: un contrato; pero no un contrato que deba someterse a la autoridad judicial

eficacia frente a terceros, dispone el artículo 89 Cc:

Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.

De esta forma, la Ley 15/2015, también ha modificado la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, disponiendo en la nueva redacción del artículo 61:

El Secretario judicial del Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción. Las resoluciones judiciales que resuelvan sobre la nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza.

La misma obligación tendrá el Notario que hubiera autorizado la escritura pública formalizando un convenio regulador de separación o divorcio”.

No obstante, en la actualidad, ante el gran colapso de los tribunales, supone una medida de agilización de la justicia la atribución a otros organismos la posibilidad de dar eficacia a la voluntad de las partes.

Pero cuando no concurren alguno de los requisitos para que el LAJ o el Notario sean competentes para decretar el divorcio, debemos acudir a los órganos judiciales.

Las normas de reparto de competencia en esta materia, debemos hacerla por criterios objetivos y territorial. De este modo, cabe preguntarse: ¿ante qué órgano presentamos la demanda de divorcio cuando no hay acuerdo entre las partes o aún habiéndolo existen hijos menores de edad a cargo de la pareja?

En primer lugar, hay que tener especial consideración en esta materia con la extensión de la Jurisdicción española. No hay problema, sobre la determinación de la jurisdicción de un matrimonio celebrado en España: la juris-

para su aprobación, como le sucede al convenio regulador en las demás separaciones y divorcios, sino un contrato que, para su perfección, sólo requiere que el consentimiento conste en escritura pública, previa comprobación, por el notario, de que ninguno de los acuerdos relativos a las medidas del artículo 90 CC son lesivos para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados”.

dicción española será la competente en estos casos. Ahora bien, cuando esto no es así, hay que tener en cuenta el Reglamento CE nº 2201/2003, de 21 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (Bruselas II bis) y reconocido en la Disposición Final 22º de LEC.

Conforme lo establece la LOPJ, que establece los criterios de atribución de la competencia, le corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Así, el artículo 85.1. 1º LOPJ:

Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:

En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta ley a otros juzgados o tribunales.

De la misma forma, el artículo 45.1 LEC señala:

Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales.

Cabe, como así lo pone de manifiesto el artículo 98 LOPJ³⁶ y el artículo 46

36 Artículo 98 LOPJ: “1. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan. 2. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar de manera excepcional y por el tiempo que se determine, con informe favorable del Ministerio de Justicia, oída la Sala de Gobierno y, en su caso, la Comunidad Autónoma con competencias en materia de Justicia, que uno o varios Juzgados de la misma provincia y del mismo orden jurisdiccional asuman el conocimiento de determinadas clases o materias de asuntos y, en su caso, de las ejecuciones que de los mismos dimanen, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes constituidos o que se constituyan. En estos casos, el órgano u órganos especializados asumirán la competencia para conocer de todos aquellos asuntos que sean objeto de tal especialización, aun cuando su conocimiento inicial estuviese atribuido a órganos radicados en distinto partido judicial. No podrá adoptarse este acuerdo para atribuir a los órganos así especializados asuntos que por disposición legal estuviesen atribuidos a otros de diferente clase. Tampoco podrán ser objeto de especialización por esta vía los Juzgados de Instrucción, sin perjuicio de cualesquiera otras medidas de exención de reparto o de

LEC³⁷ la especialización de los Juzgados de Primera Instancia. De este modo, en aquellos partidos judiciales donde existan más de un juzgado de la misma clase, podrá este especializarse en conflictos de familia y será quien conozca de los procedimientos de divorcio que se susciten en el término territorial en el que extiende su competencia. Estos Juzgados de Primera Instancia especializados actuarán bajo la rúbrica de Juzgados de Familia.

Igualmente, es necesario hacer alusión a otro supuesto: el caso de la violencia de género. En estos casos, dispone el artículo 49.bis 5 LEC:

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, y en consonancia con lo dispuesto en el precepto 87. ter. 2 LOPJ, cuando concurra un acto de violencia de género de los descritos en el artículo 1 de Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³⁸, será competente para conocer el pro-

refuerzo que fuese necesario adoptar por necesidades del servicio. 3. Este acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquel en que se adopte, salvo que razonadamente se justifique otro momento anterior por razones de urgencia. 4. Los Juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.

37 Artículo 46 LEC: “Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia”.

38 Artículo 1 de la Ley 1/2004: “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

cedimiento de divorcio, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conozca del asunto penal. De este modo, el tribunal civil, deberá inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer cuando, conociendo de un procedimiento de divorcio, concurren estas circunstancias. Así, conforme a la LOPJ, estos juzgados tendrán la competencia exclusiva y excluyente para conocer del procedimiento de divorcio, cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

1. Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de Género.
2. Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
3. Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

Esta posibilidad que ofrece la ley resulta, en mi opinión, necesaria porque tal y como establece la EM de la Ley 1/2004, el Estado debe proporcionar una respuesta integral y multidisciplinar a las víctimas. Esto pasa por proporcionar una respuesta legal integral por operadores jurídicos formados en la materia. Es decir, la especialización y formación con la que deben contar los operadores jurídicos adscritos a estos Juzgados especializados, sin duda, refuerzan a la víctima y ayudan a una mejor llevanza del procedimiento de divorcio, habida cuenta que en la tramitación procedimental tan solo se tienen en cuenta la resolución del conflicto mediante la aplicación e interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto³⁹.

En cuanto a la competencia territorial, se distingue entre que el divorcio sea controvertido o no. Así, para los divorcios controvertidos, dispone el artículo 769.1 en conjugación con el 50 y siguientes de la LEC, que conocerán los tribunales del lugar del domicilio conyugal. En caso de residir los cónyuges en diferentes partidos judiciales, la competencia la tendrá, a elección del demandante, el del lugar del último domicilio del matrimonio o el del domicilio del demandado. En caso de que el demandado no tenga residencia fija, el demandante podrá elegir entre los tribunales del lugar donde se halle o el del lugar

39 Con estas previsiones se *garantiza la respuesta adecuada con órganos judiciales expertos*. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, R, *Guardia y Custodia de hijos menores*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 32.

de última residencia. Si tampoco así se determinara la competencia, conocerá el juzgado de 1º Instancia (de Familia) del domicilio del actor.

En los supuestos en que el divorcio sea de carácter consensual, será competente el Juzgado del último domicilio común del matrimonio o en el domicilio de cualquiera de los solicitantes conforme las previsiones del apartado 2 del artículo 769 LEC.

En caso de que el divorcio se sustancie ante los Juzgados de Violencia sobre la mujer, debemos estar a las disposiciones correspondientes sobre la determinación de la competencia territorial en estos casos, constituyéndose como fuero general el de lugar de comisión del hecho delictivo.

El apartado final del artículo 769 LEC establece que en estos tipos de procedimientos serán nulos los acuerdos de las partes en todo lo que se oponga a la determinación de competencia conforme al texto legal. Por tanto, son normas imperativas y serán examinadas de oficio por el órgano judicial conforme lo prevé el apartado 4 del artículo 769 LEC. Sin embargo, lo que acabamos de decir se refiere a los pactos de sumisión expresa. Pero qué ocurre con la sumisión tácita. Es decir, qué ocurre cuando las partes, se someten al órgano judicial, realizando cualquier gestión relacionada con el procedimiento de divorcio y que no sea la de plantear la declinatoria. En estos casos, el órgano judicial puede admitirla o no. No hay una solución única y dependerá de la interpretación que el órgano judicial concreto haga del precepto⁴⁰.

Ahora bien, supuesto diferente prevé a la Ley en los casos en que uno de los cónyuges se proponga la presentación de la demanda y solicite medidas provisionales relativas a las previstas en los artículos 103 y 104 del Cc. En estos casos, la competencia la tendrá el Juzgado de 1º Instancia del domicilio del demandante. Este cambio de criterio, puede deberse *a la necesidad de solicitar anticipadamente dicha tutela*⁴¹.

No se puede finalizar sin hacer mención a las Oficinas de Señalamiento Inmediato⁴² a las que hace alusión la Disposición Adicional 5º LEC, para los

40 ILLÁN FERNÁNDEZ, JM, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson- Aranzadi, Navarra, 3º edición, 2005, págs. 85-87. Señala el autor que la mayoría de los Juzgados de 1º Instancia admiten la sumisión tácita, pero que podemos encontrar otros que no.

41 CLAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de...* op. cit., pág. 230.

42 Vid. PEDRAZ PENALVA, E, «Sobre la disposición adicional quinta de la LEC (introducida por la disposición adicional duodécima de la lo 19/2003)», disponible en internet. No obstante, hay que tener en cuenta que a pesar de que las OSI debían haber entrado en funcionamiento en 2003, problemas estructurales, lo han imposibilitado.

Juzgados de 1º Instancia. Con ellas, se pretende hacer cumplir la Carta de los derechos de los ciudadanos ante la Administración de Justicia, en cuanto a la tramitación ágil de los procedimientos entre los que se encuentran, expresamente, los procedimientos de divorcio. Así, las OSI tienen la finalidad de acelerar los procesos matrimoniales actuando en turnos de asistencia continuada.

D. Duración del procedimiento

El artículo 24.2 CE establece el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. También lo reconoce la Carta de los derechos de los ciudadanos ante la Justicia- aprobada en 2002- en la que se señala que los ciudadanos tienen *derecho a una tramitación ágil de los asuntos que le afecten, que deberán resolverse dentro del plazo legal, y a conocer, en su caso, el motivo concreto del retraso.*

Uno de los problemas que achacan a la Administración de Justicia es la falta de capacidad de respuesta rápida. Es decir, en ocasiones la respuesta de los juzgados y Tribunales frente a determinadas pretensiones que se someten a su decisión, deviene ineficaz. Y no por falta o mala interpretación de la norma jurídica aplicada al caso concreto, sino por la simple tardanza de la decisión. A veces, una decisión tardía puede perjudicar gravemente los intereses de las partes e incrementar, aun más si cabe, el conflicto.

Cierto es, que la duración de los procedimientos dependerá de las circunstancias ante las que nos encontremos así como la complejidad del objeto procesal.

Por ello, no se puede determinar una duración estereotipada que pueda afectar a todos los litigios de la misma clase, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. Aunque en los casos divorcio, dependerá en gran medida de la voluntad de las partes para que la tramitación del mismo sea más o menos rápida.

La reforma en la LEC de 2005 relativa a la separación y divorcio se denominó comúnmente ley del «divorcio exprés». Tras su aprobación, una pareja que inicia un procedimiento de mutuo acuerdo- esto es, consensuado-, puede estar divorciada en tres meses escasos.

Ahora bien, si nos adentramos en un procedimiento contencioso, en el que es necesario que el órgano judicial decida sobre todos los términos por los que se desarrollará los efectos de la ruptura matrimonial, el tema es mucho más complicado y se retrasa muchísimo en el tiempo.

En el siguiente gráfico podemos ver la diferencia de tiempo entre que el divorcio sea consensuado o no para el año 2016⁴³.

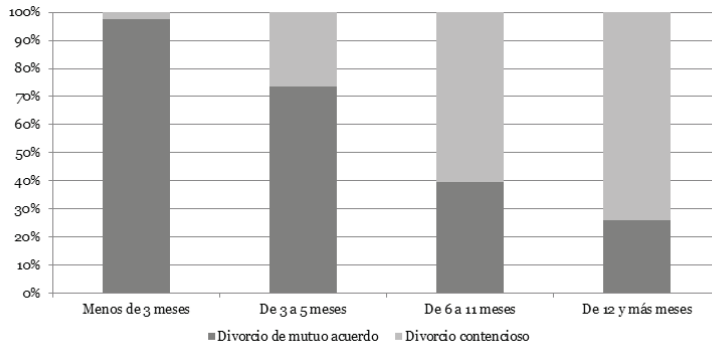


Gráfico 2. Duración de los procedimientos de divorcio en 2016.

En un período temporal mayor, desde 2002 hasta 2016, la duración de los procedimientos según el tipo de divorcio por el que lo tramitemos varía muchísimo. De este modo, como refleja la siguiente imagen, el tiempo medio en España se sitúa en los divorcios no consensuados en 288 días (9,6 meses), en el caso de los consensuados, el plazo se disminuye en 225 días, situándose en 2,1 meses.

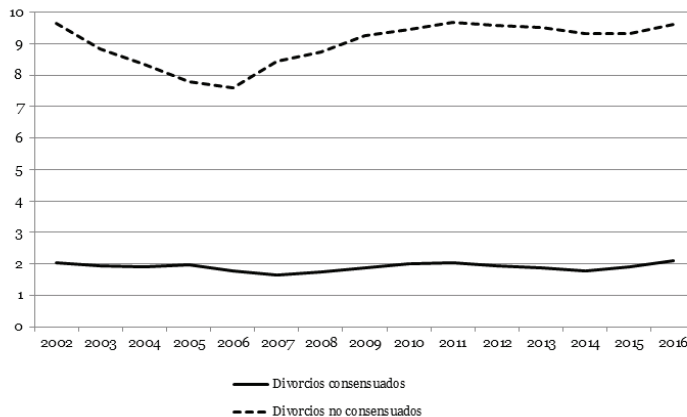


Gráfico 3. Duración de los procedimientos de divorcio consensuado y divorcio controvertido entre 2002 y 2016.

⁴³ Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el INE (<http://www.ine.es>).

Hay que tener en cuenta que los gráficos anteriores son a nivel estatal y que los valores allí plasmados pueden variar por el exceso de trabajo que tienen algunos órganos judiciales así como la falta de medios personales y materiales.

Por ello, se cree necesario hacer una reflexión sobre la duración del procedimiento de divorcio por CCAA diferenciando entre la tipología de tramitación.

Así, en el siguiente gráfico se puede ver la duración de los procedimientos de divorcio consensuados por CCAA para el 2016. Situándose Navarra en primer lugar, con una duración media estimada de 12 días naturales⁴⁴.

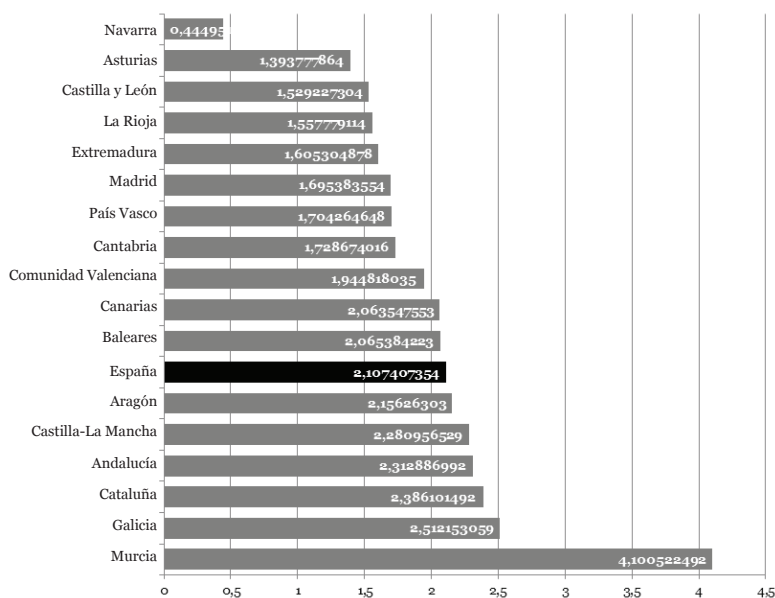


Gráfico 4. Duración de los procedimientos de divorcio consensuado 2016 por comunidad autónoma.

Mientras que, la duración de los procedimientos de divorcio controvertidos, para 2016⁴⁵, se eleva la duración a un máximo de más 12 meses (en Castilla La Mancha). Siendo Navarra, igualmente, la Comunidad con menor de duración.

⁴⁴ Elaboración propia a partir de los datos publicados por el INE.

⁴⁵ Elaboración propia a partir de los datos publicados por INE.

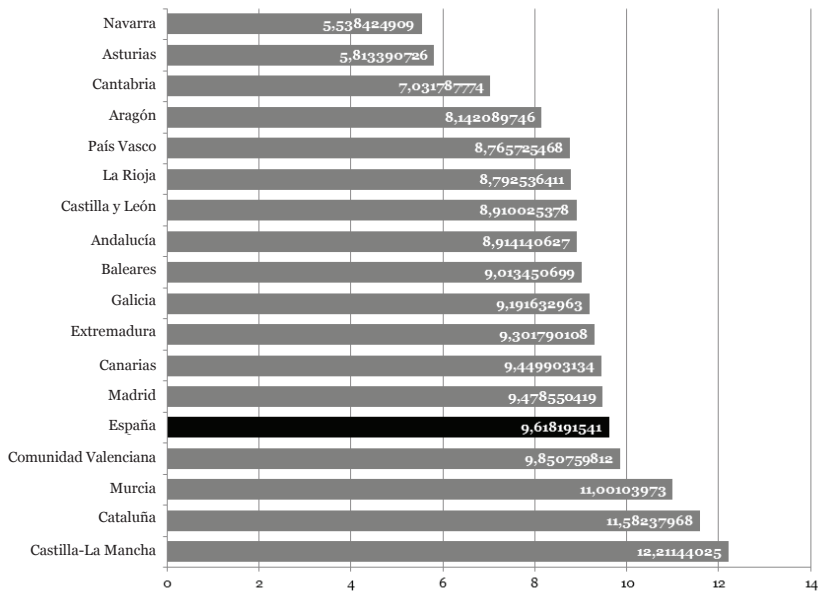


Gráfico 5. Duración de los procedimientos de divorcio controvertido en 2016 por comunidad autónoma.

Como se ha podido mencionar, la duración de los procedimientos de divorcio, tanto consensuados como controvertidos, puede variar por factores externos a las partes como puede ser el elevado número de casos o la falta de medios personales y materiales. Para hacernos una idea de esta situación, en la siguiente tabla podemos observar el número de divorcios por Juzgado y por CCAA en un período entre 2009 y 2017⁴⁶:

46 Elaboración propia a partir de los datos publicados por el CGPJ.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Andalucía	1,36%	2,55%	2,52%	3,35%	4,00%	10,29%	8,44%	6,13%	3,28%
Aragón	0,00%	1,03%	12,65%	7,09%	9,51%	17,22%	20,48%	15,21%	8,65%
Asturias	7,61%	5,74%	3,03%	3,01%	3,37%	2,72%	10,63%	12,98%	13,40%
Baleares	1,18%	4,73%	0,69%	1,91%	6,89%	10,99%	11,60%	0,69%	1,68%
Canarias	0,29%	1,32%	1,70%	3,73%	5,01%	5,56%	8,39%	7,62%	5,84%
Cantabria	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	10,34%
Castilla y León	0,00%	0,05%	7,41%	10,32%	5,37%	7,16%	10,61%	8,47%	10,45%
Castilla-La Mancha	0,17%	0,17%	0,00%	0,54%	2,71%	3,64%	1,77%	6,76%	7,36%
Cataluña	14,70%	17,87%	19,64%	16,99%	17,00%	19,05%	30,45%	17,88%	14,93%
Comunidad Valenciana	0,36%	3,23%	8,88%	13,06%	13,16%	19,36%	27,25%	28,28%	24,64%
Extremadura	0,12%	0,22%	0,00%	7,70%	7,72%	9,94%	9,28%	4,88%	5,95%
Galicia	0,84%	0,93%	3,75%	3,45%	8,16%	8,66%	10,80%	20,34%	29,63%
Madrid	4,54%	3,62%	6,74%	6,48%	4,81%	5,69%	9,20%	10,95%	9,35%
Murcia	0,33%	3,65%	0,25%	0,19%	0,13%	6,13%	16,81%	21,98%	19,12%
Navarra	4,01%	3,63%	21,60%	14,74%	0,00%	8,19%	2,12%	1,30%	3,83%
País Vasco	1,48%	1,19%	3,68%	9,11%	15,07%	21,35%	28,80%	31,10%	34,24%
La Rioja	0,00%	0,00%	0,00%	3,66%	3,91%	0,81%	1,52%	0,41%	0,00%
TOTAL	3,45%	4,61%	6,63%	7,31%	7,85%	11,30%	14,98%	13,52%	12,36%

Puede observarse como del análisis del ratio de divorcios por juzgado las Comunidades que tienen un mayor número de divorcios por juzgado son: Navarra, la Comunidad Valenciana y las Islas Baleares. Sin embargo, Navarra es uno de los lugares donde tiene una menor duración los divorcios tanto consensuados como los controvertidos.

En cualquier caso, podemos concluir que en términos de coste temporal para las partes, es mucho más ventajoso el procedimiento de divorcio consensuado. Esta ventaja temporal se traduce en un descenso del coste económico del proceso y por tanto un abaratamiento del divorcio. Pero sobre todo, redundando en una bajada del coste emocional para las partes que resultará muy ventajosa: por un lado porque se produce una disminución en el conflicto; y por otro, sobre todo, si tienen que mantener la relación en el tiempo por la existencia de algún vínculo como los hijos.

III. EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL: EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO

Ya se ha expuesto que la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Así, no es hasta 1981 cuando las parejas podían disolver el vínculo matrimonial. Esta ruptura se hacía bajo la observancia de una serie de requisitos. Entre ellos, la necesidad de que existirá “una causa justificada”. A quien se le declaraba “culpable” de la existencia de esa causa, se le condenaban a una serie de medidas intolerables (régimen de visitas limitado; privación de patria potestad, etc.)

No es hasta 2005 cuando entra en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que cambia la situación.

Esta Ley, introduce importantes novedades:

1. suprime el trámite de la separación para poder disolver el vínculo matrimonial.
2. se suprime la necesidad de basar el divorcio en una causa “justificada y legítima”. A partir de este momento, no es necesario alegar causa alguna. Las parejas se divorcian simplemente porque no quieren permanecer unidas.
3. la introducción de una realidad cada vez más asidua en los tribunales: la guarda y custodia compartida.

Todas las novedades introducidas resultan de interés, pero quizás la novedad más interesante sea la posibilidad de romper el vínculo matrimonial sin

necesidad de alegar causa alguna, sino simplemente por la voluntad de una de las partes.

Esta idea traducida numéricamente, resulta muy interesante y significativa puesto que teniendo en cuenta que la ley entra en vigor en 2005, hay que señalar que, en 2006, los divorcios aumentan en España un 169% con respecto al año 2004, como así se demuestra en el gráfico⁴⁷:

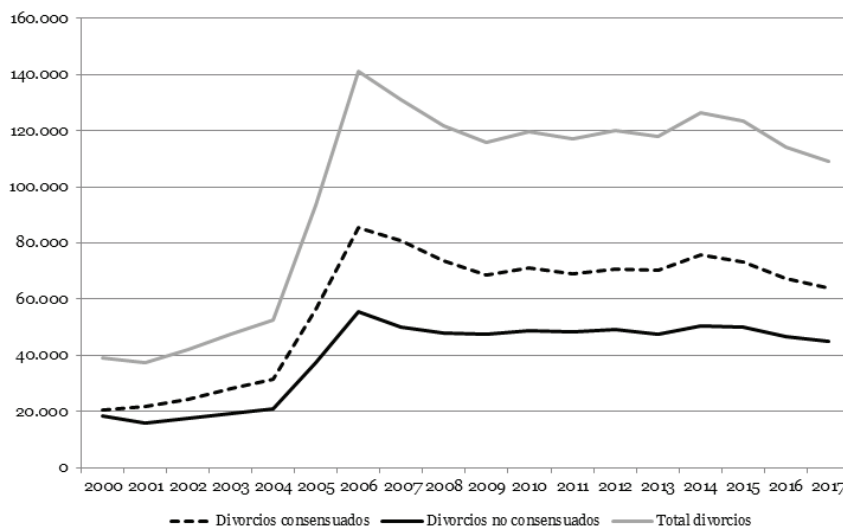


Gráfico 6. Evolución de los divorcios en España con la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

Ambos procedimientos, tanto el consensuado como el controvertido se sustancian por un juicio verbal con las especialidades previstas en la LEC como así lo establece el artículo 770.

En cuanto a las partes legitimadas en los procesos de divorcio nos encontramos: a los cónyuges, al MF y otras personas interesadas.

Los cónyuges, son los que instarán la presentación de la demanda de divorcio. Podrá hacerse por ambos de mutuo acuerdo, por uno de ellos con el consentimiento del otro o uno de ellos sin la aquiescencia del otro. Ambos cónyuges tendrán legitimación activa y pasiva y deberán comparecer en el procedimiento con la preceptiva asistencia de representación y defensa técnica (procurador y

⁴⁷ Elaboración propia a partir de los datos publicados en el CGPJ. En el mismo sentido puede consultarse los Anexos II y III (<http://dx.doi.org/10.21950/VCXBXI>).

abogado, respectivamente). El deber de postulación sufre una excepción, únicamente para los casos de solicitud de medidas provisionales, previas a la presentación de la demanda. En estos supuestos, regulados en el artículo 771.1 LEC se recoge que no será preciso la intervención de procurador y abogado.

Como regla general, cada una de las partes debe ir acompañada de su procurador y su letrado. No obstante, se permite una única defensa y representación cuando el divorcio sea consensuado, es decir, de mutuo acuerdo conforme lo establece el artículo 750.2.I. Pero, en caso de no ser aprobados los términos del convenio regulador que acompañan a la demanda, dice el artículo 750.2.II que deberá manifestar si desean continuar con el procurador y abogado única o, por el contrario, prefieren acompañarse de una representación y defensa cada una.

En cuanto a la intervención del MF, ya estudiamos en las especialidades de estos procedimientos cual será su papel en los mismos. Tan solo recordar que el MF tiene como misión *promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*. Y para la satisfacción de estas misiones, se le designa la función de: *tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley* (artículo 3.6 EOMF). Así, participará el MF en todos los procedimientos de divorcio que sean controvertidos, que existan hijos menores o persona con la capacidad modificada judicialmente. En los consensuados será el LAJ los que determine el divorcio mediante decreto y sin intervención del mismo como así se trasluce del texto del artículo 775.10 LEC.

En cuanto a otros intervinientes en el procedimiento de divorcio habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 753 LEC cuando nos señala la posibilidad de emplazar a terceras personas⁴⁸. No obstante, y a pesar de que pueden

48 Manifiesta ILLÁN FERNÁNDEZ, que entre los supuestos en que pueden ser emplazadas terceras personas en este tipo de procedimientos son: cuando se confía a los menores a los abuelos u otros familiares; en los casos en que sean confiados los menores a Instituciones ajenas a la familia; cuando la vivienda familiar perteneciera a una tercera persona; cuando esta vivienda pertenezca a una sociedad patrimonial en la que tenga interés o no uno de los cónyuges; en caso de que existan hijos mayores de edad del mismo o diferente matrimonio, entre otras situaciones. En *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson- Aranzadi, Navarra, 3º edición, 2005, pág. 59.

llamarse a terceros “ajenos” a la relación matrimonial- que no a los efectos del divorcio- nos debemos centrar en los hijos menores que, tras la reforma de 2005, tendrán el derecho a declarar lo que estimen en relación al procedimientos cuya resolución les afectará conforme lo establece el artículo 92 Cc.

Son comunes los efectos tanto de la admisión de la demanda del divorcio como de la disolución del vínculo matrimonial. Con respecto a los primeros, admitida la demanda de divorcio, establece el artículo 102 Cc:

Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

- 1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.
- 2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Igualmente y con respecto a los efectos de la disolución matrimonial, en cualquiera de los supuestos que vamos a pasar a analizar, el efecto principal es la consecución de una sentencia o decreto en el que se declare el divorcio. El efecto principal de esta declaración es la disolución del vínculo matrimonial. Esta disolución, conlleva una serie de efectos, entre los que se encuentra la extinción de los derechos y deberes de los cónyuges que el Cc regula, fundamentalmente el artículo 68⁴⁹:

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

A continuación, pasaremos a analizar los procedimientos de divorcio en sus dos modalidades: controvertidos y consensuados así como la solicitud de medidas.

1. El proceso contradictorio

Se sustanciarán por los trámites del artículo 770 LEC. Una de las novedades importantes en materia de divorcio operada por la reforma del 2005, fue

49 SOLETO MUÑOZ, H, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 30. CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de patrimonios...* op. cit., pág. 285.

la desaparición de todo matiz culpabilístico⁵⁰. Así, se hacía imprescindible la modificación de la ley en este sentido y que la simple presentación de la demanda sea por sí misma una causa suficiente para la disolución del vínculo por causa de afecto marital.

A. Iniciación del procedimiento

El procedimiento se iniciará mediante demanda. Pero, cabe preguntarse si la voluntad de las partes de divorciarse, estará sujeta a algún límite. La respuesta es afirmativa, existe un límite temporal que las partes deben respetar para poder presentar la demanda de divorcio. Conforme establece el artículo 86 Cc:

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

El artículo 81 dispone que, para presentar la demanda, deberá haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Es evidente que la reforma del 2005 ha suavizado este aspecto puesto que la redacción anterior exigía para poder presentar la demanda de divorcio el cese efectivo de la convivencia durante un año ininterrumpido⁵¹ desde la presentación de la demanda de separación- que se entendía requisito previo al divorcio-. La demanda para la separación no podía presentarse tas haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Desde el punto de vista procesal, la sujeción a término o condición para la presentación de la demanda de divorcio, puede entenderse contraria al pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva confiado en el artículo 24.1 CE. Parece que la voluntad del legislador ha sido que los cónyuges reflexionen, durante esos tres meses, sobre la posibilidad de avenencia para la reconciliación. Con el mantenimiento del plazo parece que el legislador no ha querido amoldarse completamente a la realidad social y a la voluntad de las partes como único guía en esta materia. Es más, la imposición del plazo puede considerarse incongruente con lo dispuesto en la EM de la Ley 15/2005:

⁵⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, V, «Comentarios del nuevo artículo 81 del Código Civil»... op. cit. págs. 59-60.

⁵¹ Ese límite temporal de cese de la convivencia efectiva se aumentaba a dos años en caso de que la separación fuera de hecho.

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

El CGPJ, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, dispuso en relación al plazo de tres meses que:

La exigencia del plazo debe figurar en el texto legal en términos que claramente evidencien la propia naturaleza de esa exigencia temporal, que no es otra que la objetivación de la seriedad y persistencia en la voluntad unilateral disolutiva. De ahí que más que exigirse un plazo previo a la posibilidad de demandar, debe exigirse como un plazo necesario entre la formulación de la pretensión y una posterior ratificación o reiteración de la misma.

En definitiva, cuando se presenta una demanda de divorcio sin haber transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, el juzgado que conozca de la misma deberá inadmitirla por no cumplir con los requisitos exigidos en el Cc. Sin embargo, se dispone en el Cc que no será preciso el transcurso del plazo de tres meses para la presentación de la demanda en los casos en que se acredite la existencia de riesgo para la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad o indemnidad sexual de alguno de los cónyuges o de los hijos de ambos o de cualquiera de ellos⁵².

En cuanto a los documentos que deben acompañar a la demanda son necesariamente: el certificado de inscripción matrimonial⁵³, y en el caso de existir, la inscripción del nacimiento de los hijos en Registro Civil. Además, como

⁵² CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de patrimonios...* op. cit., pág. 242.

⁵³ Para poder probar su existencia y validez conforme a los artículos 61 y ss. Cc.

señala el artículo 81 Cc, a la demanda de divorcio *se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del mismo*.

Como sabemos, con el procedimiento de divorcio no sólo se cambia de estado civil, sino que además se aprueba o reprueba la continuación del desarrollo de la relación entre los ex-cónyuges o la liquidación de la sociedad patrimonial surgida como consecuencia del matrimonio. De este modo, prevé el artículo 770.1.1º:

Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

Todos los documentos en los que se permite concretar la situación económica de las partes, jugarán un papel importante puesto que podrá servir para que el órgano judicial lo impongan como factor estabilizador de desigualdad entre las partes y que el procedimiento y su solución permita unos razonables parámetros de igualdad.

De este modo, en la demanda de divorcio, deberán indicarse la pretensión principal que se sustenta en la disolución del matrimonio. Igualmente, deben señalarse, de forma acumulada a la pretensión principal, todas las relacionadas con las medidas personales y patrimoniales, que entiendan las partes del procedimiento deba pronunciarse el órgano judicial. estas medidas, podrá solicitarse de forma provisional hasta la emisión de la sentencia tal y como prevé los artículos 103 y 104 Cc.

Todas las pretensiones deben ser concretadas e individualizadas por el actor puesto que, como señala CALAZA LÓPEZ, ante la apreciación de un eventual defecto no subsanado en la propuesta, puede verse expuesto a una pérdida de posibilidad procesal debido al carácter dispositivo de los elementos patrimoniales.⁵⁴

Así, en el cuerpo de la demanda debe encontrarse toda la información que justifiquen las pretensiones aducidas y teniendo en cuenta que se probarán en el momento procesal oportuno relativo al desarrollo de los efectos del divorcio con respecto a los hijos, si los hubiera, y con respecto a los elementos patrimoniales.

⁵⁴ CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de patrimonios...* op. cit., pág. 244.

De esta forma, con la demanda de divorcio se solicita al órgano judicial la disolución del vínculo matrimonial principalmente. Igualmente, se relacionarán una serie de peticiones (pretensiones) sobre los hijos menores, el uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, reparto de bienes, etc.. Además, se podrán solicitar las medidas que estimen oportunas en relación a los hijos menores, si existiesen, y sobre la disposición de otros derechos patrimoniales (uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria) hasta que el órgano judicial dicte la sentencia.

Es necesario advertir que, como se ha venido diciendo, el juez estará sometido a las pretensiones de las partes siempre que estas puedan disponer sobre las materias, es decir, sobre aquellas en las que se susciten intereses eminentemente privados⁵⁵. De este modo, el órgano judicial podrá adoptar medidas que estime beneficiosas para los hijos menores sin que las partes la hayan solicitado o contraviniendo lo que las partes hayan discutido. En mi opinión, el órgano judicial podrá considerar la decisión adoptada por los progenitores como la más beneficiosa para el interés del menor pero no obsta para que en algunos supuestos, en que el juez considere que el «interés superior del menor», no está suficientemente garantizado, se aleje de la petición inicial de los padres y adopte otras medidas que, entienda, beneficien de una mejor forma al menor.

Como se ha dicho, hasta la sentencia firme, los efectos de la disolución del matrimonio no tendrán efectos conforme lo establece el artículo 89 Cc. Por ello, con la presentación de la demanda se deberán proponer las medidas que hayan de regular los efectos derivados del divorcio.

B. Respuesta del demandado

Puesto que estamos en el procedimiento de carácter contradictorio, un cónyuge presenta de forma unilateral la demanda de divorcio sin contar con el consentimiento o el beneplácito del otro cónyuge. Así, admitida la demanda, el LAJ deberá dar traslado de la demanda al MF (si es preceptiva su intervención) y a la persona contra la que se dirija la demanda para que, en el plazo común de veinte días, proceda a la contestación a la demanda.

En la contestación a la demanda, el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las alegaciones formuladas por la parte actora. Entiendo

⁵⁵ CALAZA LÓPEZ, S, *Procesos de familia y división de patrimonios...* op. cit., pág. 243.

que, en caso de oposición, sobre todo de hará a las medidas de carácter personal o patrimonial que se hayan aducido por la parte actora.

Igualmente, en los procedimientos de divorcio se permite la reconvención. Con carácter general, la reconvención se establece en el artículo 406.1 LEC, entendiéndose por tal:

Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvención, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

No obstante, en el artículo 770.2 LEC tan solo permite la reconvención en los procedimientos de divorcio en los supuestos:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Siendo así, en el caso que estudiamos, tan solo nos afecta la última causa en la que el demandado pueda reconvenir. De este modo, cuando sobre alguna cuestión patrimonial o personal sobre la que pesa el principio de justicia rogada y que no haya sido puesta de manifiesto por la parte actora, podrá el demandado reconvenirse para que el tribunal pueda responder a dicha pretensión. Un ejemplo de esto es la pensión compensatoria. El órgano judicial no responderá sobre este termino si las partes expresamente lo solicitan en la demanda, contestación o reconvención⁵⁶.

La forma en que se debe plantear la reconvención es, según la doctrina, diferente en estos procedimientos que en los dispuestos en el apartado 3 del artículo 406. De este modo, se permitirá la reconvención implícita⁵⁷.

⁵⁶ No obstante, quedará imprejuizado en el procedimiento de divorcio. Nada impide a la parte, puesto que no renuncia al derecho, a reclamarlo en un momento posterior y procedimiento independiente. Así lo pone de manifiesto la STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2317).

⁵⁷ ARANGÜENA FANEGO, C y RODRÍGUEZ MERINO, A, «Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005» en GUILARTE GUTIÉRREZ, V (Dir.), *Comen-*

Planteada la reconvencción, el demandado reconvenccional (actor en la demanda) tendrá diez días para contestar a la demanda reconvenccional.

C. Contenido de la demanda o reconvencción

Cuando el divorcio se sustentará por los trámites del divorcio controvertido, las partes no acompañarán la demanda con un convenio regulador. Por el contrario, si además de la declaración de disolución del matrimonio, se quiere que el órgano judicial se pronuncie sobre otras cuestiones personales o patrimoniales que afecten a los cónyuges, será preciso que en la demanda se señalen todas las pretensiones sobre las que quereos se pronuncie el órgano judicial.

Dejando de lado a las cuestiones relacionadas con los menores de edad, que por motivos sistemáticos estudiaremos en un momento posterior y más oportuno, las cuestiones relacionadas con los elementos patrimoniales de las partes directas (cónyuges), se regirán por el principio de justicia rogada, de manera que tendrán que ser solicitadas al órgano judicial para que éste pueda pronunciarse al respecto.

Estas materias pueden estar relacionadas con la pensión compensatoria, el uso de la vivienda familiar e incluso la liquidación del régimen económico matrimonial que se constituye desde el nacimiento del “pacto” hasta su disolución o modificación en las capitulaciones matrimoniales.

Con respecto a la pensión compensatoria, se regula en el artículo 97 Cc.. El cual dispone en su párrafo primero:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

La podrá solicitar la parte que en principio se queda más perjudicada económicamente con la ruptura conyugal. No puede considerarse una indemnización por los daños emocionales ocasionados por la ruptura.

Para la cuantificación de la pensión, el órgano judicial tendrá en cuenta conforme establece el apartado dos del artículo 97 Cc:

tarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 348.

- “1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante”.

Igualmente, mediante sentencia se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.

Establece la jurisprudencia que el desequilibrio a la que se llega por la ruptura conyugal, debe darse en el momento en que se produzca tal ruptura. Es decir, el desequilibrio debe ser como consecuencia del divorcio. De este modo, se señala por el TS⁵⁸: *“De ello resulta que no hay dos momentos de ruptura conyugal, sino uno solo: el de la separación o el del divorcio, en el cual se determina de manera definitiva si concurre o no ese desequilibrio económico que sustenta el derecho, valorado en relación a la situación que se disfrutaba cuando acontece la ruptura de la convivencia conyugal, de la que trae causa, conforme al artículo 97 CC, quedando asimismo juzgada si el derecho no se hace valer o no se insta correctamente por la parte interesada, impidiendo que pueda reconocerse en la sentencia. El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial”*.

Para la determinación del perjuicio económico, el TS ha marcado una serie de puntos a tener en cuenta y de su concurrencia dependerá la estimación o no del perjuicio necesario para estimar y conceder una pensión compensatoria: *lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación*⁵⁹.

58 SSTs de 3 de junio de 2016 (RJ 2317); de 18 de marzo de 2014 (RJ 2122)

59 STS de 27 de junio de 2017 (RJ 3295).

No obstante, a pesar de que solo se tendrán en cuenta la situación de empeoramiento económico que se ocasiona con ocasión del divorcio en el momento de la ruptura matrimonial y no en situaciones posteriores, pueden sufrir modificaciones cuando la situación se cambie. En este sentido establece la Jurisprudencia que: es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. *Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración*. *Es, por tanto, una medida que surge tras la separación o el divorcio, previa petición del cónyuge que considera alterada su situación económica en ese momento, y se determina en sentencia, según los artículos 97 (“se fijará en la sentencia...”) y 100 (“fijada la pensión y las bases de actualización en la sentencia...”), sin perjuicio de que pueda luego sustituirse (artículo 99) o modificarse por alteración sustancial de en la fortuna de uno u otro cónyuge (artículo 100)⁶⁰.*

Asimismo, el artículo 101 Cc pone de manifiesto las causas por las que se puede extinguir y es una sola: modificación de la causa que lo motivó. Esto puede devenir por, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. No se extingue por muerte del deudor, aunque los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

En lo que respecta al uso de la vivienda familiar: ya hemos advertido que las cuestiones relacionadas con los hijos menores de edad en cuanto a la patria potestad, régimen de estancia, la guardia y custodia, así como la pensión por alimentos, la dejaremos para un momento posterior cuando estudiemos a estos en la situación del divorcio de los padres. No obstante, establece el artículo 96 Cc respecto del uso de la vivienda familiar:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

60 STS de 11 de diciembre de 2015 (RJ 5414). La doctrina señala que el carácter temporal de la pensión compensatoria es la tendencia que debe existir. Su justificación: los diversos factores sociales, la inclusión de la mujer en el mundo laboral y la proclamación de una igualdad real entre hombres y mujeres. BARBERO, T; PEÑA, E; GAJA, I; GALÁN, C, *Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La nueva Ley del Divorcio*, Gupo Difusión, 2005, pág. 52.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

La existencia de los hijos menores y a cargo del progenitor que queden, parece el factor clave para determinar la atribución de la vivienda familiar, precisamente para la eficaz protección del «interés superior del menor». Sin embargo, en aquellos supuestos en que no existan hijos menores de edad, el criterio que determina la atribución de este bien es, de nuevo, el desequilibrio que provocará en de uno de los cónyuges el divorcio. Y ello a pesar de que el bien fuera privativo del otro cónyuge.

De una lectura del artículo 96 Cc se infiere que este precepto es aplicable a los casos en que el uso de la vivienda se adjudica al cónyuge no titular. Pero, la jurisprudencia ha determinado que también le será aplicable a los supuestos en que la vivienda es ganancial *mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, y otras sentencias de esta sala así lo han venido entendiendo con posterioridad*⁶¹.

La atribución de la vivienda familiar al cónyuge cuando no existen hijos menores, tal y como se establece el en artículo prescrito en el texto, se hará por tiempo prudencial. De esta forma, las limitaciones que el órgano judicial imponga en la atribución del uso de la vivienda familiar en nada afectan al estricto cumplimiento del artículo 96 Cc. Las limitaciones temporales de este derecho que el órgano judicial puede imponer, son, conforme a la Jurisprudencia del TS procedentes⁶²:

“Parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes»”.

61 SSTs de 11 de noviembre de 2013 (RJ 7262); de 5 de septiembre de 2011 (RJ 5677).

62 STS de 29 de mayo de 2015 (RJ 2273).

Por último, en referencia a la liquidación del régimen económico matrimonial. Regulado en el artículo 1315 y ss. Cc, se encuentra en la esfera de los derechos disponibles en los que solo operará la voluntad de las partes. De este modo, serán los cónyuges los que decidan el régimen económico bajo el que se desarrollará su matrimonio. En caso de no establecerse ninguna capitulación matrimonial, el régimen aplicable será el de gananciales. De este modo, se debe entender que una vez los cónyuges manifiestan su intención de disolver el vínculo que les une, lo más sensato es la disolución del régimen económico.

La liquidación del régimen, cuenta con una tramitación específica y diferenciada del de divorcio. Se regula en los artículos 806 a 811 LEC. Se puede tramitar en el momento en que se presenta la demanda de divorcio o en un momento posterior, estando divorciados y ante el órgano judicial que conoció del mismo. De este modo, iniciado el procedimiento de divorcio, en la misma demanda, podrá instarse a la disolución del régimen económico matrimonial⁶³. Para la disolución del mismo y posterior adjudicación de los bienes a los titulares correspondientes, será necesaria la realización de un inventario. Es por ello, que la LEC regule la solicitud y formación de inventario conforme al régimen económico al que esté sujeto el matrimonio. Formado el inventario, y una vez se firme la resolución que disuelva el régimen económico, se podrá solicitar la liquidación del mismo.

Cualesquiera de los aspectos anteriores pueden incluirse en la demanda o reconvencción si se quiere que el órgano judicial competente que esté conociendo del procedimiento de divorcio, resuelve en la sentencia que emane del proceso. En caso de no incluirse en el debate procesal, el órgano judicial, no

63 En este sentido, hay que hacer especial mención al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental y otras medidas tras la ruptura de la convivencia. En él, se establece la necesidad de que la liquidación del régimen económico se haga en el mismo momento en que se disuelve el matrimonio. La justificación de ello, radica en los conflictos que surgen en el momento de la liquidación de los asuntos económicos y su influencia en las relaciones paterno-filiales. Tal y como lo establece la Exposición de Motivos del Anteproyecto: “*uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, cuya tramitación se alarga excesivamente en el tiempo, repercutiendo directamente en las relaciones con los hijos*”. Vid. JORDÁ CAPITÁN, E, «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial», en *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 9, 2015.

podrá pronunciarse sobre estos extremos puesto que de lo contrario, la decisión del juez o magistrado incurriría en incongruencia *extra petita*.

D. Vistas

Una vez que se ha iniciado el procedimiento y presentando la demanda-contestación a la demanda y en su caso la reconvencción, se les convocará a una vista, conforme lo previsto en el apartado 3 del artículo 770 LEC. A estas vistas, deberán ir acompañados de, al menos, abogado al menos y asistir personalmente a la misma. Su ausencia injustificada conllevaría que se *consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial*.

Además, la práctica judicial indica que esta vista es utilizada por algunos titulares de los juzgados para intentar una última tentativa de pacto entre las partes puesto que, en cualquier momento del procedimiento, estas pueden solicitar del juez que el mismo continúe por los trámites del artículo 777 LEC, siempre que se cumplan los requisitos para ello. Igual que podrán solicitar la suspensión del procedimiento para poder someter el conflicto a mediación.

Realizada la vista con asistencia o no de las partes acompañadas de sus abogados, se seguirá con el trámite de la prueba que deberá practicarse en el acto de la vista. No obstante, establece el artículo 770.4 LEC que en caso de no poder practicarse la prueba en este acto, se practicará cuando el órgano judicial lo señale. El plazo de señalamiento no podrá exceder de los treinta días.

En su momento, se dijo que la prueba era una de las especialidades con las que contaba el procedimiento de divorcio. De esta forma, señala el artículo 770.4 LEC:

“Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable”.

Conforme al precepto mencionado, en los procesos contradictorios, una de las pruebas que se realizará es la exploración de menores. Así, y sin perjuicio de que se estudie más detenidamente en un momento posterior, cabe que: cuando existen hijos menores de edad, el órgano judicial de oficio si lo estima necesario o a petición del fiscal, las partes, el equipo técnico judicial o el pro-

pio menor, podrá realizar la exploración de los mayores de 12 años, en todo caso, y de los menores de 12 años cuando tengan juicio suficiente para ello.

E. Sentencia

Tramitado el procedimiento contradictorio, el órgano judicial deberá dictar sentencia en la que se pronunciará sobre los efectos de divorcio y sus consecuencias de forma congruente con las peticiones de las partes.

Es evidente que el efecto principal de la sentencia de divorcio es la disolución del matrimonio y, en caso de haberlo pedido las partes, la liquidación del régimen económico matrimonial.

Conforme al artículo 89 Cc, *los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia*. Y no perjudicará a terceros de buena fe hasta su inscripción oportuna en el Registro Civil.

La sentencia será recurrible por el sistema de recursos previsto en la legislación civil- apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación-. No obstante, establece el apartado 5 del artículo 774 LEC:

“Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Secretario judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.

2. Procedimientos de mutuo acuerdo

El divorcio consensuado está destinado para la tramitación de aquellas demandas presentadas por los cónyuges de común acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, tal y como dispone el artículo 777 LEC. Igualmente, se sustanciarán por el procedimiento del divorcio de mutuo acuerdo, aquellos que habiéndose iniciado por los trámites del controvertido, se transformen por el acuerdo de las partes (artículo 770.5º LEC).

A. Tramitación del procedimiento

A la demanda de divorcio, le acompañarán, además de los documentos de inscripción matrimonial y, en su caso, la inscripción de nacimiento de los hijos, la propuesta de convenio regulador que las partes hayan convenido y los documentos en que los cónyuges funden su derecho. No obstante, la propia LEC diferencia la tramitación procesal ante la existencia o no de hijos menores o con capacidad judicialmente modificada.

a) Tramitación sin hijos menores

Admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia, citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que procedan a la ratificación del divorcio. En aquellos supuestos en que las partes se ratifiquen y siempre que no existan hijos menores de edad, el LAJ, siempre que estime que el convenio regulador propuesto por las partes no perjudica los intereses ni derechos de ninguno de ellos, podrá dictar decreto que formalice la propuesta de convenio regulador, declarando el divorcio de los cónyuges. El decreto no será recurrible. Al igual que cuando el divorcio es decretado por sentencia, establece el artículo 89 Cc:

“Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil”.

Cuando alguna de las partes, citadas por el LAJ, no se ratifica en la solicitud de divorcio, el LAJ, emitirá resolución archivando las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover el divorcio conforme a lo dispuesto para el divorcio contradictorio.

b) Tramitación con hijos menores

Cuando el divorcio puede afectar a hijos menores, la tramitación procesal cambia. Ante la existencia de menores, debe intervenir el MF y el órgano judicial competente debe observar que la propuesta de convenio regulador, protege ante todo el «interés superior del menor».

Así presentada la demanda, el LAJ citará a las partes, en los tres días siguientes, para que se ratifiquen en la demanda⁶⁴.

Ratificada la demanda ante el LAJ, si la documentación presentada por las partes, fuera insuficiente, se concederá a las partes un plazo de diez días para que se complete.

En este plazo, o en el de cinco días (cuando no sea necesario que se complete la documentación presentada con la demanda) se procederá a la práctica de la prueba que los cónyuges hayan propuesto y las que el órgano judicial

⁶⁴ Al igual que ocurren en el caso anterior, el artículo 777.3 LEC dispone que, cuando las partes no ratifiquen la solicitud, se archiva las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover el divorcio conforme a los trámites del artículo 770 LEC.

competente, estime necesarias para comprobar los extremos exigidos en el Cc. y en su caso, estimar la procedencia para aprobar lo dispuesto en el convenio regulador.

Una de las pruebas que puede realizarse, es la exploración del menor. En estos supuestos se plantea como un derecho del menor y no como un deber. Puede instarse de oficio, por el MF, por las partes, por el equipo Técnico Judicial o por el propio menor.

Practicada la prueba o inmediatamente después de la ratificación de la demanda ante el LAJ si no fuera necesaria la misma, el órgano judicial competente dictará sentencia concediendo o no el divorcio y en su caso pronunciándose sobre el Convenio regulador.

En el caso en que el convenio regulador no sea aprobado en todos sus extremos, se les concederá a las partes un plazo de diez días para que propongan nuevo contenido. Presentada la nueva propuesta o pasado el plazo sin nuevo convenio, el órgano judicial, en los tres días siguientes, dictará auto resolviendo lo procedente.

B. Consideración al convenio regulador

El convenio regulador es el documento que las partes, de forma consensuada, proponen a la autoridad competente en cada caso y mediante el que pretenden desarrollar las consecuencias jurídicas del mismo.

Regulado en el artículo 90 Cc, debe manifestarse, al menos, sobre los siguientes extremos:

“El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.

El convenio regulador, puede ser el resultado de una mediación familiar, que sería lo más adecuado en estos casos puesto que las partes, en estos procedimientos, tienen la plena capacidad de decidir los que mejor les interese aten-

diendo a sus circunstancias personales. Hay que tener en cuenta que, en los procedimientos de mediación familiar, serán las propias partes las que decidan sobre estos extremos. El tercero que interviene tan solo les ayudará a conseguir un espacio de comunicación capaz de lograr este acuerdo. No obstante, sobre las prácticas de mediación familiar se ha reservado un capítulo en este libro.

Con respecto al contenido del convenio regulador existen dos tipos de cuestiones: las que se refieren a los hijos menores de edad o con capacidad judicialmente modificada, sobre las que nos pronunciaremos en el capítulo siguiente reservado exclusivamente a las cuestiones relativas a los menores. Y por otro lado, las cuestiones relativas a los cónyuges sobre las que he tenido oportunidad de pronunciarme ya y a las que me remito.

Aprobado el convenio regulador por el órgano judicial o autoridad competente, no significa que no se pueda modificar si las partes así lo estiman. El convenio regulador es adaptable a las realidades de las partes. En este sentido, si las partes de mutuo acuerdo, atendiendo a las nuevas circunstancias, desean modificarlo podrá hacerse por los mismos trámites del artículo 777 con propuesta de un nuevo convenio regulador. En cambio, si la modificación es instada por una de las partes o por el MF en base a la protección del interés superior del menor, deberá realizarse por los trámites previstos en el artículo 775 LEC relativos a la modificación de medidas definitivas.

C. Sentencia

Cuando se habla de sentencia del órgano judicial en los procedimientos de divorcio, podemos encontrarnos, en algunos casos, con varias resoluciones que pueden afectar a las mismas partes.

De este modo, cuando han sido aprobados todos los puntos del convenio regulador, el órgano competente, dictará sentencia declarando el divorcio y en la misma, se incluirá el convenio regulador propuesto por las partes.

Cuando el convenio no ha sido aprobado en todos los extremos. Existirá una sentencia que declare el divorcio y un auto que apruebe la nueva propuesta de las partes o con las medidas que se aparten de los términos propuestos por los cónyuges. Ambas resoluciones pueden ser recurridas en apelación.

La interposición del recurso, no suspenderá la eficacia de las medidas aprobadas ni afectará a la firmeza de la sentencia que declare el divorcio.

Al ser un procedimiento consensual, no tiene sentido que las partes cuando se aprueba la totalidad de los convenido por ellas, recurran la sentencia o el auto. Por ello, dispone el artículo 777.8 LEC:

“La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal”.

3. Las medidas provisionales

El Cc hace referencia a dos tipos de medidas que pueden suscitarse: por un lado, las relativas a la admisión de la demanda- ya hicimos alusión a los efectos (artículo 102 Cc); y por el otro, las que cualquiera de los cónyuges puede solicitar antes de solicitar el divorcio. En el mismo sentido, la LEC regula el procedimiento para las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de divorcio (artículo 773) y un procedimiento relativo a las medidas provisionales previas a la demanda de divorcio (artículo 771LEC).

Las medidas provisionales tienen como finalidad regular las consecuencias jurídicas de la nueva situación: la ruptura matrimonial⁶⁵. De este modo, hasta que no exista una sentencia en la que se declaren, por el órgano judicial, una serie de medidas que regulen estas consecuencias sobre el patrimonio, los cónyuges y los hijos menores, el cónyuge que pretende solicitar el divorcio, puede instar al órgano judicial a que, de manera provisional, se pronuncie sobre estos extremos.

Ante el silencio de la ley al respecto del ámbito de aplicación de las medidas provisionales cabe preguntarse si en los procedimientos de mutuo acuerdo es posible solicitar medidas provisionales o no sería necesario. Siguiendo a la profesora SOLETO MUÑOZ que acertadamente expone que sería necesario que ante cualquier procedimiento de divorcio, de mutuo acuerdo o contradictorio, se regularan las consecuencias jurídicas de tal decisión. Es obvio pensar que cuando las partes presentan demanda acompañada por convenio regulador, se estima que ellas mismas podrán pactar de igual forma cómo se desarrollara la nueva situación antes de la aprobación del convenio por sentencia o decreto⁶⁶.

65 Al respecto refiere SOLETO MUÑOZ, que las medidas provisionales: *pretenden dotar de reglamentación interina a las relaciones familiares en tanto se sustancia un proceso de nulidad, separación o divorcio*. En *Las medidas provisionales en los procesos...* op. cit., pág. 67.

66 *Ibidem*, pág. 72-73. Señala la autora que: *estimamos que el convenio regulándolas puede materializarse de diferentes maneras; así, puede presentarse de forma separada respecto al convenio principal, o en la demanda de separación o divorcio, o incluso como apartado del documento que contenga el convenio principal, habiendo de pronunciarse el juez sobre su vigencia*.

A. Medidas provisionales previas a la demanda

Establece la LEC que el órgano competente para conocer de las medidas provisionales es el Juzgado del domicilio del solicitante. No obstante, esto puede no coincidir con el juez competente que vaya a conocer de la pretensión principal de divorcio y por la que surge la necesidad solicitar dichas medidas⁶⁷.

Para la presentación de la solicitud no será necesario la asistencia de abogado ni procurador, pero previene la LEC: *pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior*.

La solicitud de medidas provisionales antes de presentación de la demanda, tendrán una duración de 30 días. Es decir, concedidas las medidas provisionales, subsistirán si, concedidas las mismas, se presenta demanda de divorcio en los treinta días siguientes.

Las medidas que pueden ser solicitadas son las mismas en ambos supuestos en que se presenten antes o tras la presentación de la demanda. Reguladas en el artículo 103 Cc estas medidas se centran en:

“1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

67 Señala SOLETO MUÑOZ que: *Se trata de un error del legislador, ya que se debería permitir en todo caso que el juez del pleito principal pueda dictar medidas previas, posibilitando que el cónyuge presente la solicitud ante él, con lo que se evitaría el conocimiento del caso por distintos órganos judiciales, o que lo haga ante el juez del lugar en que se encuentre, únicamente para caso de urgencia. En Las medidas provisionales...op. cit., pág. 228.*

2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

3.^a Fijar, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4.^a Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5.^a Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”.

Igualmente, podrán solicitarse o aprobarse cualquier medida provisional innominada siempre que con ellos se garantice el «interés superior del menor» o al cónyuge más desprotegido.

Cuando uno de los cónyuges solicita las medidas con anterioridad a la presentación de la pretensión principal, el LAJ, debe citar a los cónyuges (así como al MF en caso de existir hijos menores) a una vista en la que se intentará que las partes lleguen a acuerdo. Esta vista se celebrará en los diez días siguientes. Para la vista, las partes deben ir asistidos de abogado y procurador.

En caso de no llegar a acuerdo o cuando el juez competente entienda que no son idóneas, se oirán las alegaciones de los asistentes y se practicará la prueba solicitada o decretada de oficio. La prueba se podrá practicar en la comparecencia ante el tribunal o si no fuera posible, en los diez días siguientes. Finalizada la comparecencia o el plazo para la práctica de la prueba, el juez resolverá mediante auto en el plazo máximo de tres días.

Cuando sin llegar a acuerdo, causas de necesidad y urgencia así lo exija, el tribunal podrá decretar los efectos relativos a la admisión de la demanda y previstos en el artículo 102 Cc. Igualmente, si razones de urgencia lo aconsejan, el juez competente, podrá adoptar las medidas que considere necesarias en relación a los hijos menores y al uso de la vivienda y el ajuar familiar.

La falta de asistencia de uno de las partes sin causa justificada, supone el reconocimiento y aceptación de hechos manifestados por la otra parte. De esta forma, se considerarán admitidos los hechos alegados por la parte compareciente sobre las medidas provisionales de carácter patrimonial.

Para finalizar, una vez presentada la demanda en el plazo marcado de treinta días, el juez competente para conocer del divorcio- que puede no coincidir con aquel que adoptó las medidas provisionales- podrá confirmar o modificar las medidas adoptadas con anterioridad a la presentación de la demanda. Conforme al artículo 772.2, el tribunal que conoce del procedimiento de divorcio, citará a las partes solo cuando considere oportuno completar o modificar las medidas previas adoptadas y mediante la misma tramitación anteriormente expuesta.

B. Medidas provisionales coetáneas a la demanda

Como se ha advertido anteriormente, las medidas provisionales que regulen las consecuencias jurídicas del divorcio, se pueden solicitar antes de la presentación de la demanda o de forma coetánea. El segundo supuesto, que abordamos en este epígrafe, se regula en el artículo 773 LEC.

Dejando de lado los efectos que por imperio de la ley, produce la presentación de la demanda (artículo 102 Cc), con la presentación de la demanda pueden solicitarse la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 103 Cc.

Estas medidas provisionales coetáneas a la presentación a la demanda, tan solo podrán solicitarse cuando no se hayan adoptado con anterioridad.

La adopción de estas medidas podrá aplicarse tanto a los procedimientos contradictorios como a los consensuados. En estos casos, las partes, pueden acordar las medidas y someter el acuerdo a la aprobación del juez competente. Lógicamente, este acuerdo no limita ni la disposición de las partes en cuanto a su disposición de las pretensiones a exigir en el procedimiento, ni la potestad del órgano judicial a la hora de adoptar determinadas cuestiones relativas al contenido de las medidas.

Así, admitida la demanda, el LAJ citará a las partes y al MF, en su caso, a una comparecencia, para que lleguen a acuerdo (en caso de que no exista previamente). Si no se llegara a acuerdo, el juez competente, oír a las partes y practicar la prueba que sea necesaria y pertinente (solicitada a instancia de parte o de oficio). Transcurrido la práctica de la prueba el juez competente, dictará auto adoptando las medidas provisionales.

En cualquier caso, están legitimados para solicitar medidas provisionales coetáneas a la presentación de la demanda, ambas partes. Ya sea de forma consensuada, ya sea en los procedimientos contradictorios. En este último caso, el demandante podrá solicitarlas en la demanda y cuando no se hubieran acordado previamente o no hubieran sido solicitadas por el actor, el demandado podrá instar a su adopción en la contestación a la demanda.

La solicitud planteada en la contestación a la demanda será resuelta en la vista principal cuando se señale en los diez días siguientes a la contestación y se resolverá mediante auto cuando no pueda dictar sentencia, el juez competente, inmediatamente después de la vista.

Es necesario advertir que, además de la solicitud por las partes de las medidas provisionales, el órgano judicial, presentada la demanda podrá adoptar las medidas expuestas anteriormente siempre que no exista acuerdo entre las partes y que se haga con audiencia de las mismas.

En estos supuestos de medidas coetáneas a la presentación de la demanda, las partes deben estar asistidos de abogado y procurador. Y al igual que ocurre en los supuestos anteriores, la falta de comparecencia, sin causa justificada, de una de las partes, supone el reconocimiento de hechos y la adopción de las medidas provisionales de carácter patrimonial.

En cualquier caso, el carácter provisional de estas medidas implica que tendrán efecto hasta que se adopten, mediante sentencia las medidas definitivas que vayan a regular las consecuencias jurídicas del divorcio, conforme a lo previsto en el artículo 106 Cc:

“Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo”.

Así, en el momento en que se dicte sentencia declarando el divorcio, se adoptarán una serie de medidas definitivas. Estas medidas definitivas pueden seguir a las previamente adoptadas como provisionales. Pero también puede ser que no se hayan solicitado con anterioridad y que las partes, en el acto de juicio, soliciten la adopción de las medidas definitivas que regulen las consecuencias del divorcio. Al igual que las provisionales, las partes podrán acordarlas y proponer prueba que justifique su procedencia. No obstante, a falta de acuerdo, se practicará prueba a instancia de parte o de oficio sobre los hechos relevantes. El juez competente resolverá en la sentencia sobre las

medidas solicitadas. Los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas acordadas⁶⁸.

C. Modificación de medidas

Las medidas adoptadas para regular las consecuencias jurídicas del divorcio atienden a unas determinadas circunstancias que acaecen en ese determinado momento. No obstante, estas circunstancias pueden variar y las medidas en vigor no ajustarse a las necesidades de las partes y de los hijos afectados por las medidas⁶⁹.

Es por ello, que la ley prevé la posibilidad de una modificación de medidas cuando las circunstancias se modifican. Y esto es de suma importancia, porque es necesario recordar que el incumplimiento de determinadas medidas, con independencia del motivo, pueden ser constitutivas de delito.

De este modo, ante nuevas circunstancias, el artículo 775 LEC marca el cauce procedimental por el que se modifican las medidas definitivas adoptadas en el procedimiento de divorcio. Este procedimiento se aplicará tanto a aquellas medidas que han sido adoptadas por las propias partes en el convenio regulador y aprobadas por sentencia; como a las que han sido aprobadas directamente por el órgano judicial a falta de acuerdo entre partes.

Señala a este respecto la Jurisprudencia⁷⁰ que:

68 Así lo manifiesta la SAP Cantabria de 7 de febrero de 2007 (JUR245175): *“Si las provisionales han finalizado y las definitivas no han ganado firmeza, como no existe ninguna previsión legal que permita extender los efectos de las medidas provisionales hasta la firmeza de la sentencia en la que se adoptan las medidas definitivas, una rigurosa aplicación del Art. 525 produciría el efecto de dejar una situación de crisis familiar sin medidas aplicables a las relaciones paterno filiales o de contenido económico o patrimonial, lo que es contrario a la propia finalidad del derecho de familia. La consecuencia no puede, por tanto, ser otra que la de que las medidas definitivas son ejecutables y exigibles desde el mismo momento en el que se dicta la sentencia que las adopta, y lo son con independencia de que tal sentencia se recurra o no, o en su caso con independencia de las materias objeto de recurso.*

69 Como refiere MÚRTULA LAFUENTE: *La ausencia de efectos de cosa juzgada respecto a las medidas adoptadas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en las que se refieren a medidas paterno-filiales en parejas estables, permite al juez adaptarlas a nuevas circunstancias personales y económicas que se presentan en el devenir de las relaciones.* «Valoración del interés superior del menor a la hora de adoptar las medidas civiles en situaciones de conflicto parental»... op. cit., pág. 80.

70 STS de 7 de febrero de 2014 (RJ 97542); SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2016 (JUR 45777).

“Que la posibilidad de modificación de medidas no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo el proceso civil, ya que dicha posibilidad procesal no constituye una suerte de recurso ordinario contra lo decidido en sentencia firme, ni una nueva oportunidad para que sean nuevamente revisados los hechos y las pruebas aportadas en el anterior procedimiento”.

El órgano competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas, será aquel que las acordó, es decir, el órgano judicial competente para cometer del procedimiento principal de divorcio.

No obstante, en caso de que los procesos versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los menores, será competente para conocer el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio común de los progenitores. En caso de residir en partidos judiciales diferentes, el órgano competente para conocer, será el que elija el demandante entre: el del domicilio del demandando o la residencia del menor. Todo ello conforme al artículo 769.3 LEC. Igualmente, establece el Tribunal Supremo al respecto⁷¹:

La modificación de medidas definitivas una vez recaída sentencia firme no se pueden considerar como un incidente del juicio principal, ni como ejecución de sentencia.

La legitimación para la solicitud de modificación de medidas, la tienen las partes del procedimiento principal, esto es: los ex-cónyuges (recuérdese que estamos estudiando el procedimiento de divorcio y las medidas definitivas de acordarán en sentencia que lo declare) Y el MF en caso de que existan hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada.

La simple demanda de modificación de medidas definitivas, no es suficiente para que el órgano judicial la tenga en cuenta. Es necesario, como así lo establece el artículo 775.1 LEC que exista una variación sustancial de las circunstancias por las que fueron aprobadas o se acordaron por el órgano judicial⁷².

⁷¹ ATS de 28 de febrero de 2005 (RJ 3016).

⁷² En este sentido establece la AP de Castellón de 25 de julio de 2012 (JUR 18508); SAP de Castellón de 12 de noviembre de 2009 (JUR 109099): “*puede afirmarse que las medidas judicialmente adoptadas están sometidas a una legal cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de la coyuntura en que fueron acordadas. Ahora bien, presupuesto para el cambio de tales medidas es la “alteración sustancial de las circunstancias”, lo que exige una ponderación por el Juzgador de las concurrentes al tiempo de la adopción de las medidas cuya modificación se pretende y de las actuales*”.

En este sentido establece la Jurisprudencia una serie de requisitos de necesaria observancia para poder proceder a la modificación de las medidas⁷³:

“1º. Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º. Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º. Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º. Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias”.

La SAP de Córdoba, añade a los requisitos expuestos anteriormente⁷⁴:

“Que los hechos en los que se basa la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas (cabe, no obstante, la excepcional consideración de circunstancias que, habiendo acontecido en el pasado, no pudieron ser alegados al ser desconocidos).

Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación (lo contrario sería dejar a la mejor o peor voluntad del obligado al cumplimiento del convenio regulador o las medidas judiciales, lo que conculcaría, si tenemos presente el indudable factor contractual parcialmente subyacente, el art. 1256 del C.C.)”

La tramitación procesal para el cambio de medidas definitivas dependerá si la solicitud se hace de mutuo acuerdo o por el contrario, de forma controvertida. En el primer supuesto, se tramitarán por los cauces del artículo 777 LEC, es decir, por los trámites del procediendo de divorcio de mutuo acuerdo. Para el caso de que la demanda de modificación de medidas definitivas se haga de forma controvertida, se seguirán los trámites del artículo 770 LEC relativos al procedimiento de divorcio contradictorio.

En el último párrafo del artículo 775 LEC se prevé la posibilidad de solicitar medidas provisionales en la demanda de modificación de las medidas definitivas, sustanciándose por los trámites del artículo 773 LEC.

73 SAP de Álava de 3 de abril de 2014 (JUR 232175).

74 SAP de Córdoba (JUR 97542); de 16 de diciembre de 2016 (JUR 45777).

E. Ejecución forzosa de las medidas

Ante el incumplimiento voluntario de los pronunciamientos relativos a las medidas en materia de familia, la LEC proporciona a la parte afectada la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de las medidas conforme al Libro III de la LEC, relativo a la ejecución, y con las especialidades establecidas en el artículo 776 LEC.

Las partes del proceso de ejecución serán: el ejecutante y el ejecutado. Para la sustanciación del procedimiento deberán ir acompañados de representación y defensa conforme lo establece el artículo 539 LEC.

Conocerá de la ejecución de estos pronunciamientos, el órgano judicial que conoció o debiera haber conocido del asunto principal⁷⁵.

Como especialidades del despacho de la ejecución en el procedimiento de divorcio, se encuentran:

a) Cuando se incumpla de manera reiterada la obligación del pago de cantidad que corresponda: el LAJ podrá imponer multas coercitivas, sin perjuicio de hacerlas efectivas sobre el patrimonio del ejecutado.

b) En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá a la sustitución automática por el equivalente pecuniario que dispone el artículo 709 LEC. Se podrán imponer multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario.

c) El incumplimiento reiterado del régimen de visitas por cualquiera de los progenitores (el guardador y el no guardador) podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.

d) Cuando se pretende la ejecución de cantidades relativas a gastos extraordinarios no previstos expresamente en las medidas, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Se dará traslado a la otra parte para que alegue lo que estime conveniente. El tribunal convocará una vista, con la finalidad de resolver mediante auto lo que proceda.

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de medidas impuestas por pronunciamientos judiciales o adoptadas de mutuo acuerdo por las partes, no solo puede conllevar la ejecución forzosa de lo aprobado, sino que, además, los incumplimientos reiterados pueden conllevar la comisión de actos

⁷⁵ Téngase en cuenta que en caso de los procedimientos de divorcio, la competencia para decretarlo y fijar medidas definitivas (de mutuo acuerdo o contenciosa) la tienen encomendada: el órgano judicial competente, el LAJ o el Notario elegido por las partes (estos último en caso de que el divorcio sea consensual).

tipificados en el Cp⁷⁶. Así, en el artículo y 227 Cp se recogen la conducta típica provocada por el abandono de las obligaciones relativas a los alimentos de los hijos menores o incluso del cónyuge cuando la prestación de alimentos sea establecida en convenio judicialmente aprobado o por sentencia. Esta conducta se castiga con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses⁷⁷. Señala el artículo 224 Cp, que el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Gracias a la reforma del Cp, y tras la desaparición de las faltas, el incumplimiento de régimen de visitas (que anterior a la reforma del Cp constituía una falta y, como tal, se sustanciaba tras la oportuna denuncia) ahora se tramitará mediante pro el artículo 776 LEC. Esto es, por el procedimiento de ejecución forzosa de las medidas adoptadas⁷⁸.

⁷⁶ Vid. ORTÍZ GONZÁLEZ, AL, «Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia» en AAVV., *Separación y Divorcio*, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 307 y ss.

⁷⁷ igualmente señala el artículo 223 Cp: *“El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave”*.

⁷⁸ El incumplimiento del régimen de visitas, constituirá, a lo sumo un delito de desobediencia judicial.

CAPÍTULO III

EL MENOR DE EDAD COMO SUJETO/OBJETO DEL DIVORCIO

I. INTRODUCCIÓN

La ruptura de una pareja afecta a todos los miembros que componen la familia. En especial, a los hijos menores. El cambio de vida que se va a producir y, en la mayor parte de las ocasiones, el enfrentamiento de los padres provoca en los menores un gran desequilibrio para hacer frente, no solo a la nueva situación, sino en algunos casos puede incluso afectar al normal desenvolvimiento del niño en su entorno más cercano: familia, escuela, amigos...

Es cierto, que algunos padres utilizan a sus hijos menores como un elemento de venganza frente al otro progenitor, y en lo mejor de los casos, como moneda de cambio para la consecución de algo. En estos supuestos, el niño percibe una ausencia total de cariño por parte de sus progenitores. Se siente un objeto, en manos de dos adultos que son llamados a potrearlos y que ponen “precio” a su cariño y estabilidad.

En ocasiones, los progenitores, olvidan que el divorcio, al igual que el matrimonio, es algo voluntario y que, por la libre disposición de las partes, se inicia y finaliza. Sin embargo, las obligaciones, deberes, derechos y responsabilidades para con los hijos, no es una relación dispositiva. Es decir, la relación con los hijos perdura tras el divorcio porque derivan de la filiación y no del matrimonio. Y por este motivo, son ellos, los padres, los que tienen que velar por el estricto respeto del «interés superior del menor» en todas las decisiones que adopten. Y precisamente, esta es la razón de que en caso de que los progenitores no se pongan de acuerdo o que el acuerdo que han llegado no sea aprobado por el órgano judicial por entender que afecta al mencionado interés del menor, el órgano judicial adoptará las medidas que estime oportunas para la primacía del menor, velando por sus intereses, en todo caso, el MF.

Ya tuvimos oportunidad, en el capítulo I, de explicar de forma detallada el «interés superior del menor». En este capítulo, analizaremos al menor de edad en el divorcio. Se intentará abordar en profundidad aquellas medidas que les afecta y que fundamentalmente se centran en la: patria potestad, la guarda y custodia y la pensión de alimentos.

Igualmente, en aras a la consecución de una superposición del interés del menor frente a cualquier otro, examinaremos las diferentes legislaciones autonómicas sobre la materia al igual que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

II. PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA: ACLAREMOS CONCEPTOS

El impacto de la ruptura de los padres en los hijos menores puede resultar decisivo para su futuro y normal desarrollo como personal. Por eso, las decisiones que adopte el órgano judicial deben perseguir el interés superior del menor.

El conflicto familiar puede provocar desestructuración familiar y las consecuencias pueden ser perjudiciales no solo para las partes en conflicto, sino sobre todo y fundamentalmente por los hijos menores que no entienden porque sus padres no conviven; por la mala práctica de algunos padres de sobreproteger a los hijos; y por la mala práctica de los padres de culpar de la situación actual por la que pasa al otro progenitor¹.

Las parejas en conflicto deberían tener claro que existen dos vertientes en su relación y en su conflicto. Por un lado, su relación personal que iniciaron voluntariamente y que, de la misma forma, ponen fin a ella. Y por otro, los diferentes derechos y obligaciones que se generan con la paternidad, que atañen a ambos progenitores y que subsisten, aunque la relación de pareja haya finalizado. Así, con independencia de la relación entre progenitores, los hijos tienen que estar a salvo de toda perversión. Es decir, los hijos no deben ser utilizados ni como condición para intentar retener a la otra parte, ni como “moneda de cambio” para conseguir determinadas condiciones económicas o simplemente, para hacer daño a la otra parte. Esto sería totalmente contrario al «interés superior del menor» por la que se debe velar de forma prioritaria.

En este sentido, el artículo 92 Cc señala que el divorcio *no exime a los padres de las obligaciones para con sus hijos*. Esta obligación de los progenitores para con sus hijos es una exigencia que la propia CE, en el párrafo tercero del artículo 39, señala como uno de los principios recortes de la política social y económica:

¹ GÓMEZ- ORTIZ, O; MARTÍN, L; ORTEGA-RUIZ, R., «Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil» en *Pensamiento psicológico*, vol. 15. Nº 2, 2017, pág. 68 y ss.

“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Ante esta situación, el órgano judicial tiene que tomar riendas en el asunto. Los progenitores no son capaces de ponerse de acuerdo sobre el bienestar del menor. El juez, en estos casos, al adoptar cualquier medida sobre los hijos menores, velará por el cumplimiento del derecho a ser oído que la ley le confiere a los mismo. De esta forma, será órgano competente para conocer del procedimiento, con el informe del MF, quien adopte las medidas necesarias para garantizar la debida protección del menor en toda su plenitud y dando audiencia al menor cuando proceda².

Cuando se da una situación de crisis conyugal y posterior ruptura, en caso de que existan hijos menores de edad, lo primero en que piensan los progenitores es: ¿y el niño con quién se queda? El temor por perder al hijo menor se incrementa con la falta de diálogo entre los padres. Esa incertidumbre por saber qué es lo que va a solicitar al órgano judicial con respecto a los hijos menores, genera una ansiedad muy fuerte en las parejas que se están divorciando y que puede hacer escalar el conflicto. Es por ello, que en muchas ocasiones se pierda la perspectiva principal: la protección del menor que cede a sentimientos de tristeza, angustia e inferioridad de los propios progenitores.

Aunque parezca baladí o el menor no exteriorice sus emociones, los hijos suelen experimentar problemas de adaptación al divorcio tales como: desobediencia, falta de regulación, baja responsabilidad social, depresión, ansiedad, mayor nivel de hostilidad entre hermanos y menor apoyo entre sí, problemas académicos, etc.³

Igualmente, existen una serie de factores que pueden influir en la adaptación del menor a la nueva situación familiar. Estos se centran principalmente, en la gravedad del conflicto, en las características específicas de los menores, en la comunicación que tenga el menor con ambos progenitores.

Con todo ello, se pretende demostrar que el menor de edad tiene que estar en una situación de amparo absoluto, que en la medida de lo posible no se le debe hacer partícipe de las malas relaciones de sus progenitores y que, en todo caso, debe ser tratado como un sujeto en la situación de ruptura

² Vid. Capítulo I.

³ AGUILAR REDORTA, L, «Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor» en AA.VV., *Separación y divorcio*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 122 y ss.

conyugal, no como un objeto, cuyo bienestar debe prevalecer sobre cualquier otro.

Debemos partir de la base de que la ruptura familiar, no es fácil para ninguno de los miembros de la familia. Cuanto menos, para los hijos menores. Para evitar que estas crisis puedan perjudicar su futuro y el normal desarrollo de su personalidad, hay que protegerlo mediante la adopción de medidas, cuyo fin último sea, la salvaguarda del «interés superior del menor».

Es por ello, que el jurisprudencia ha manifestado que para decidir sobre este aspecto hay que atender a *los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo*⁴.

Ninguna opción es la mejor, ni la peor para la totalidad de los casos. Cada supuesto tiene unas circunstancias que lo hacen especial y no podemos aplicar una única solución en todos los casos que se plantean. Cada conflicto familiar tiene una serie de particularidades y su solución también. En este tipo de crisis no hay fórmulas generales de aplicación absoluta. Lo que funciona en unas familias en otras se hace completamente imposible.

Por ello, cada familia es un escenario y debemos estar a sus necesidades concretas para saber cuál de las hipótesis o escenarios aplicables, es el más idóneo y se ajusta mejor a la familia.

1. Concepto de patria potestad

Determinar el concepto de patria potestad no es fácil. En tanto que se confunde en muchas ocasiones con el de guarda y custodia. España, es el único estado de nuestro entorno en el que se diferencia la patria potestad de la guarda y custodia.

Establece el artículo 154 Cc:

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

4 SAP de Ciudad Real de 17 de octubre de 2016 (JUR 251915).

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

Teniendo en cuenta este precepto, la patria potestad debe entenderse como el conjunto de derechos y obligaciones que los progenitores tienen sobre los hijos menores no emancipados. Sin embargo, no podemos perder de vista que las obligaciones de los progenitores para con los hijos, tal y como dispone el artículo 110 Cc, no se sujetan a la titularidad de la patria potestad:

“El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

De este modo, como establece el artículo 92 Cc, las relaciones entre los progenitores, no les exime de las obligaciones que tengan sobre los hijos. En este sentido, hay que tener en cuenta que la patria potestad no es un derecho de contenido patrimonial o económico que permita su libre disposición por vía de abandono o del no ejercicio⁵. Como veremos más adelante, la titularidad de la patria potestad puede ser privada o excluida por el órgano judicial por determinados motivos tasados, pero no por la simple voluntad de los progenitores.

5 STS de 23 de febrero de 1999 (RJ 1130). Establece la STS de 11 de octubre de 1991 (RJ 7447): *Que el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular – como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos– sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar– que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos –como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular– que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva”.*

Tampoco les exime de las obligaciones para con los hijos menores, el estatus matrimonial o extramatrimonial de los padres⁶.

El TS, ha definido el concepto de patria potestad señalando, acertadamente, que⁷:

“La patria potestad, más que un poder de los progenitores, se configura y está orientada como una función establecida en beneficio de los menores, que se reconoce a los padres y que está en función de la protección, educación y formación integral de los hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial. Se concibe, pues, como un derecho-deber o como un «derecho-función», que puede, en determinados casos, y por causa de esta moderna concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para sus hijos, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que a diferencia de la redacción originaria contemplada en dicho texto sustantivo, no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes, y que, según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección del niño, que debe ser adoptada, por ende, en beneficio del mismo, en tanto que la conducta de aquél, que ha de calificarse como gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación del mismo. En efecto, la patria potestad, como valor trascendente dentro de la institución familiar, debe entenderse no desde una simple perspectiva biológica o natural, sino desde un ejercicio o dinámica que realice, dentro de los límites normales y normativamente impuestos, los valores trascendentes esenciales e insertos en los deberes que la misma comporta y dentro de un orden normal de valores culturales; no se puede exagerar la dimensión biológica para superponerla al concepto o contenido ético que, en definitiva, explica, justifica y realiza la coherencia entre biología y los sentimientos naturalmente derivados de la misma, y ello orientado siempre, tal como antes se ha indicado, en favor y beneficio de los hijos”.

En el concepto de patria potestad hay que diferenciar titularidad y ejercicio. Nuestro Cc, al regular la patria potestad de los hijos menores lo hace mediante una titularidad conjunta, con independencia de la naturaleza de la

6 GULARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 14/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 128.

7 SSTs de 30 de abril de 1991 (RJ 3108); de 12 de febrero de 1992 (RJ 1271); de 31 de diciembre de 1996 (RJ9223).

filiación, matrimonial o extramatrimonial; y con independencia de la relación de los progenitores, es decir, que convivan o no.

En cambio, el ejercicio es diferente: hay diversos escenarios que podemos tener en cuenta para determinar el ejercicio de la patria potestad. Como regla general, salvo en los supuestos en que se priva o excluye a alguno de los progenitores de la patria potestad, la titularidad la tienen en igualdad de condiciones ambos. No obstante, el día a día hace casi imposible el ejercicio conjunto. Realmente, el ejercicio parece más cercano a la idea de guarda y custodia que a la patria potestad. Lógicamente, las decisiones diarias no pueden adoptarse por ambos progenitores cuando estos no conviven. Sin embargo, existen decisiones que deben ser adoptadas por ambos progenitores sin perjuicio de lo que consensuadamente pueda pactarse entre ellos en relación a toma de decisión de algunas medidas para facilitar la vida cotidiana. Ante la dificultad que entraña el ejercicio conjunto en la práctica, el artículo 156 Cc señala⁸:

“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

En caso de que los progenitores no se pusieran de acuerdo sobre algunas de las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad, señala el párrafo segundo del artículo 156 Cc:

“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

Igualmente, el órgano judicial que conozca de las relaciones paterno-filiales que, en caso de divorcio, será aquel que conozca del procedimiento principal, podrá adoptar las decisiones que estime oportunas en relación al ejercicio de la patria potestad.

8 Vid. RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 23.

En este sentido, establece el artículo 158 Cc:

“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública”.

En cualquier caso, cualquiera de las medidas relativas a la patria potestad de los hijos menores, deben ser adoptadas bajo el estricto respeto del «interés superior del menor» con prevalencia a cualquier otro.

Como señala ZARRALUQUI: su contenido está constituido por una serie de deberes y los correlativos derechos, en el que siempre primarán los deberes y que son irrenunciables y no disponibles⁹.

En definitiva: la patria potestad es un concepto que engloba todo el contenido de las obligaciones que los padres tienen para con sus hijos. Y este inte-

9 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres»... op. cit., pág. 41.

gra la titularidad y el ejercicio. No obstante, en los casos en que la convivencia de los progenitores cesa, se desdobra el concepto y nos encontraremos con: titularidad de patria potestad y ejercicio.

2. Titularidad de la patria potestad

Como se ha dicho, la regla general es que ambos progenitores, en condiciones de igualdad, ostenten la titularidad conjunta de la patria potestad convivan o no.

Sin embargo, puede ocurrir que existiendo algún supuesto excepcional, se otorgue la titularidad a uno solo de los progenitores. Estos supuestos excepcionales titularidad exclusiva de uno de los progenitores se debe a alguna causa de exclusión o extinción de la patria potestad. En este sentido, señala el artículo 156 Cc al respecto:

“En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.

Igualmente, en beneficio del «interés superior del menor», el órgano judicial puede atribuir la titularidad de esta potestad a otros familiares e incluso a algún organismo público tal y como dispone el artículo 103.1º último inciso:

“Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.

3. Exclusión, extinción y privación de la patria potestad

La titularidad de la patria potestad, puede excluirse o privarse a alguno de los progenitores. Son supuestos excepcionales, pero es necesario tenerlo en cuenta.

La aplicación de estos supuestos en los casos concretos, no exime al privado o excluido de la patria potestad de las obligaciones inherentes a la misma y relativas a velar por los hijos menores y prestarles alimentos.

De esta forma, el artículo 111 Cc regula una serie de supuestos en los que se excluye de la patria potestad a los progenitores por ministerio de la ley¹⁰:

¹⁰ No es necesario que el órgano judicial haga una reflexión discrecional sobre el caso concreto, sino que cuando exista algunos de los supuestos de hecho que se mencionan

“Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor:

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad”.

Debemos diferenciar de la exclusión a la extinción y privación de la patria potestad a los progenitores. Los supuestos de extinción de la patria potestad se regulan en el artículo 169 y señala que las causas son:

“La patria potestad se acaba:

1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
2. Por la emancipación.
3. Por la adopción del hijo”.

En el artículo 170 Cc se establecen las causas de privación de la patria potestad de los progenitores:

“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

La privación de la patria potestad, conforme al artículo 92.3 Cc, será acordado en la sentencia cuando exista causa para ello y a discreción del órgano judicial¹¹.

Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO, que la privación de la patria potestad más que una sanción al progenitor incumplidor es una medida de carácter

en el precepto, se le excluirá de la patria potestad. Sin que ello le exima del cumplimiento de los deberes inherentes a la misma. SSTS de 12 de noviembre de 2008 (RJ 7128); de 24 de junio de 2004 (RJ 4275); de 10 de julio de 2001 (RJ 5152).

11 STS de 23 de febrero de 1999 (RJ 1130).

tuitivo y que solo debe ser tomada en interés del menor¹², por el desmamparo que para el menor provoca la falta de observancia de los deberes que el artículo 154 Cc marca como inherentes a la patria potestad. En el mismo sentido establece el TS que¹³:

“El artículo 170 del Código Civil vincula al incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad la privación total o parcial de la misma, respecto del padre o madre incumplidor. Dicha privación, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor”.

Igualmente el TS en Sentencia de 9 de noviembre de 2015 señala que¹⁴:

“El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma”.

La justificación de la privación de la patria potestad a los progenitores, reside en que este es un concepto de protección del menor. Así, el TS ha establecido que¹⁵:

“La patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con

12 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentarios al nuevo artículo 92 del Código civil»... op. cit., pág. 138.

13 STS de 12 de julio de 2004 (RJ 4371).

14 STS de 9 de noviembre de 2015 (RJ 5157). STS de 6 de junio de 2014 (RJ 2844): *“La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo”*.

15 SSTs de 18 de octubre de 1996 (RJ 7507); 31 de diciembre de 1996 (RJ 9223).

su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor». De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el art. 170 del Código Civil, se establezca como una medida de protección del menor. Dicho precepto establece que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial», pero en atención al sentido y significación de dicha institución su privación, sea temporal, parcial o total, requiere de manera ineludible la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo”.

De este modo, teniendo en cuenta que la privación de la patria potestad resulta ser elemento fundamental para el interés del menor, debe precisarse que el órgano judicial a la hora de examinar un supuesto concreto para la determinación o no de la privación, deberá tener en cuenta: por un lado, a los padres acreditando que no tienen ninguna circunstancia que les imposibilite el ejercicio de la patria potestad; en segundo lugar, y más importante, si cabe, en relación con los menores, analizando si las circunstancias *son compatibles con un desarrollo integral, físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad*¹⁶.

Aunque uno de los progenitores esté privado de la patria potestad, señala el artículo 160 Cc:

“Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161.”

La privación de la patria potestad no debe ser considerada una sanción, y mucho menos, una medida perpetua para el progenitor privado, sino que debe ser considerado como una medida de protección y salvaguarda de los intereses de los menores. La restitución de la patria potestad solo es posible si deja de persistir la causa que motivó esta privación¹⁷.

¹⁶ Así lo pone de manifiesto el TS en Sentencias de 6 de junio de 2014 (RJ 2844); 9 de noviembre de 2015 (RJ 5157).

¹⁷ SSTs de 5 de marzo de 1998 (RJ 1495); de 23 de febrero de 1999 (RJ 1130). La SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 1999 (AC 2589), al respecto señala: “*dado que podrá acordarse en el futuro la recuperación de dicho derecho-función, siempre en beneficio del menor y acreditada, por el cambio de conducta del progenitor privado de aquél, la desaparición de las causas que motivaron aquella Resolución*”

4. Contenido de la patria potestad

La patria potestad se deriva de la filiación y de ella, se derivan una serie de obligaciones como las velar y alimentar a los hijos. Como refiere el artículo 39.3 CE al que hemos hecho alusión anteriormente, los progenitores están obligados a prestar asistencia en todo orden de cosas a los hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada.

De este modo, señala la Jurisprudencia que¹⁸:

“El contenido de la patria potestad no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos, lo que determina la imposibilidad por parte de los padres de renunciar a tales obligaciones y deberes conferidas por la ley; ha de partirse de la base de que la patria potestad ha de ser ejercida en beneficio de los hijos y es claro que cercenar de un modo definitivo el sistema de visitas y comunicaciones entre éstos y el progenitor no custodio, aun con la aquiescencia de este último, supone de modo inevitable para el menor la pérdida de la referencia paterna, con las consecuencias que ello implica”.

Conforme al artículo 154 Cc, las obligaciones que se derivan de la patria potestad son: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; Representarlos y administrar sus bienes.

Ahora bien, esto es fácil en los supuestos en que los progenitores conviven de forma conjunta. Pero cuando es evidente el cese de la convivencia de los progenitores, en los supuestos estudiados, por el divorcio de los cónyuges, es lógico que alguno de los deberes inherentes a la patria potestad se ven alterados. De este modo, como señala PÉREZ MARTÍN: *“en los casos de cese de la convivencia entre los padres la función de la patria potestad que consiste en “tener a los hijos en su compañía”, se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la guarda y custodia a un progenitor y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro progenitor”*¹⁹.

18 SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2000 (AC 1762).

19 PÉREZ MARTÍN, AJ, «Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores (II)» en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 93-94. Señala RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE que: *“la regulación de la guarda, el ejercicio y el derecho de visita en el Cc, en hipótesis de falta de convivencia de los padres se lleva a cabo de la siguiente manera: el ejercicio está regulado, en sede de patria potestad por el artículo 156.5 Cc, y en sede de procesos patrimoniales en los*

En realidad, cuando los progenitores cesan en la convivencia, lo que se modifica no es la titularidad de la patria potestad sino simplemente el ejercicio. Es por ello, que se diferencia entre los términos patria potestad y guarda y custodia que, aunque diferentes, están íntimamente unidos.

En relación con el contenido de la patria potestad, cuando los padres conviven, en principio no se discute, no deben existir problemas en cuando al mantenimiento de las cargas familiares, conforme los progenitores lo pacten; la comunicación con los hijos, que se presume en caso de convivencia, diaria y fluida y que depende de las personalidades y modelos de familia. El problema, viene cuando cesa la convivencia. El ejercicio de estos derechos no queda tan claro y en muchas ocasiones son objeto de debates, casi interminables, que debe resolver un órgano judicial porque las partes se ven incapaces de llegar a un acuerdo.

Esta es la razón por la que desarrollamos el contenido de estos derechos al hilo del estudio de la guarda y custodia de los hijos menores.

5. Guarda y custodia

Queda claro que la guarda y custodia surge cuando los padres no pueden cumplir con su función continua de tener a los hijos en su compañía como contenido de la patria potestad y como consecuencia del divorcio. De ese modo, la titularidad de la patria potestad sigue siendo conjunta, pero el ejercicio puede que no.

En este sentido, ha establecido la Jurisprudencia que²⁰:

“La ley concibe la patria potestad como una función del padre y de la madre en beneficio del hijo, atribuyéndola conjuntamente a ambos progenitores, si bien, en ciertas situaciones como cuando los padres viven separados, asigna su ejercicio a aquél de los padres con quien el hijo conviva, sin que la titularidad conjunta se altere; sin perjuicio de que el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, pueda, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156 Código Civil)”.

artículos 90 y 92 Cc; la guarda y custodia está regulada en el artículo 159 del CC en sede de patria potestad, y por los artículos 90 y 92 del Cc en sede de procesos matrimoniales; y por último, el derecho de visita es objeto de regulación en sede de patria potestad en los artículos 160 y 161 del Cc, y en sede de procesos matrimoniales, en los artículos 90 y 94 del Cc”. En Ejercicio de la patria potestad... op. cit., pág. 52.

20 SAP de Teruel de 25 de octubre de 2000 (AC 1955).

De esta diferenciación de conceptos pueden extraerse distintos modelos en cuanto a la titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la guarda y custodia. Así, señala el párrafo 5 del artículo 156 Cc:

“Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

No es una cuestión fácil. Ni existe una solución única aplicable a todos los supuestos. Tanto las partes, cuando acuerden el modelo, como el órgano judicial cuando adopte las medidas necesarias para la protección del interés superior del menor, deberán atender a las circunstancias del caso concreto porque cada familia es diferente y cada menor tiene unas necesidades específicas. Así, lo que puede ser bueno para unos, resulta perjudicial para otros.

A. Diferentes escenarios

El artículo 92 del Cc, nos revela una serie de posibilidades existentes cuando cesa la convivencia entre los progenitores.

Hay que tener en cuenta que cuando ambos progenitores poseen la titularidad de la patria potestad- porque a ninguno de ellos se le ha privado o excluido de la misma- tienen los mismos derechos-deberes sobre los menores, tengan o no asignadas la guarda y custodia²¹.

Está claro que la titularidad y ejercicio conjunto solo podrán darse en los supuestos en que los progenitores estén juntos y convivan bajo el mismo techo. En caso de que no sea así los posibles escenarios son:

	PATRIA POTESTAD	GUARDA Y CUSTODIA
Escenario 1	Exclusiva	Exclusiva
Escenario 2	Conjunto	Exclusiva
Escenario 3	Conjunto	Alternó

a. Escenario 1: Patria potestad y guarda y custodia exclusiva

Estos son los casos que se han analizado con anterioridad. Cuando uno de

21 PÉREZ MARTÍN, A.J., «Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores» ...op. cit., pág. 95.

los progenitores es privado o excluido de la patria potestad. Es evidente que también lo es de la guarda y custodia.

No obstante, no hay que perder de vista, y que como ya se ha puesto de relieve, que la privación o exclusión de la patria potestad no supone que los progenitores privados o excluidos no tengan que velar por sus hijos y prestarle alimento.

b. Escenario 2: patria potestad conjunta y guarda y custodia exclusiva

Antes de la reforma de 2005 que sufrió el Cc y la LEC este era el escenario habitual. La titularidad de la patria potestad seguía siendo de ambos progenitores, aunque el ejercicio de los derechos inherentes a la misma, la toma de decisiones diarias y el normal desarrollo de la vida cotidiana de los menores, estaban a cargo de uno de los progenitores.

La decisión adoptada siempre debe hacerse atendiendo en todo caso al «*favor fili*», esto es, en interés de los hijos. Sin duda, lo más beneficioso es tener relación con ambos progenitores y ello no impide que el ejercicio de la patria potestad o guarda de los menores, se otorgue en beneficio de uno de los progenitores.

Al progenitor no custodio se le concedía un régimen de visitas y debía pasar una pensión alimenticia a los hijos menores de cantidad acorde con su renta y las necesidades de los hijos. Igualmente, debía cumplir con las obligaciones inherentes a la titularidad de la patria potestad establecidas en el artículo 154 Cc.

Contempla una específica situación el artículo 156.2 Cc, que parece encajar con este escenario:

“En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

Parece lógico pensar que cuando los progenitores no se pongan de acuerdo sobre el desarrollo de la patria potestad, el órgano judicial, en protección de los intereses del menor, debe adoptar una decisión. En estos casos, entendemos que la patria potestad sigue siendo conjunta, pero el ejercicio lo distribuya entre ambos.

Ante la existencia de hermanos, establece el artículo 92.5 CC que la atribución de la guarda y custodia se haga procurando no separarlos.

Esta es la regla general. El perjuicio que supone la separación de hermanos para su desarrollo personal y para el reconocimiento de la familia, hace que el legislador se plantee esta posibilidad como la tónica general. No obstante, existen causas que justifican esta separación y que se entiende que no por ello, no tendrán una relación plena. En este sentido, se pronuncia el TS:

“Los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermano”²².

Es por ello, que lo habitual es que ante la existencia de hermanos permanezcan bajo la guarda del mismo progenitor pero que, ante determinadas situaciones y siempre que se garanticen relaciones plenas entre los hermanos, su separación puede ser procedente en beneficio, siempre, de sus intereses. Debe entenderse, por tanto, que la separación de los hermanos cuando se distribuye la custodia puede entenderse siempre que la convivencia entre ellos provoque la negativa evolución de los demás²³. De esta forma, no puede ser entendido como una medida de acomodación de los progenitores, es decir, de reparto de los hijos, de las obligaciones y responsabilidades, sino que tan solo debe primar el «interés superior del menor».

Adelantando ya que la práctica judicial cada vez es más propicia para la determinación de la guarda y custodia compartida, existen algunos factores que pueden determinar que el órgano judicial acceda a este escenario siempre en beneficio y bajo el prisma del «interés superior del menor». Estos factores se centran en: el padecimiento de alguna enfermedad o adicción de alguno

²² SSTs de 9 de marzo de 2016 (RJ 840); 25 de septiembre de 2015 (RJ 4028).

²³ BELTRÁN JANÉ, M, «La guarda y custodia compartida en el Código Civil y el Código Civil de Cataluña». Refiere la autora que los casos en que se pueden separar los hermanos, además de aquellos en que uno de ellos padece un trastorno que puede afectar a los demás, es cuando el progenitor, originariamente custodio, no puede controlar a uno de los menores. O en aquellos supuestos en que el progenitor originariamente custodio, haya comenzado una nueva relación no entendida por el menor, pág. 6. (<http://www.fiscal.es>).

de los progenitores que le haga imposible hacerse cargo de los hijos menores; la alienación parental²⁴, es decir, cuando uno de los progenitores, intenta obstaculizar la relación del menor con el otro progenitor²⁵; los malos tratos ocasionados al menor.

Cuando uno de los progenitores padece una enfermedad mental o el padecimiento de alguna adicción, parece que lo lógico es privarlo de la patria potestad, entendida como la potestad tuitiva. Es decir, aquellas que suponen confiar los intereses de los menores²⁶. No obstante, la sola existencia de trastornos mentales o padecimientos de adicción no es suficiente para privar al progenitor afectado de la patria potestad, ni siquiera de la guarda y custodia, de los menores. En nuestra opinión, como afirma ROMERO COLOMA, sería necesario probar la influencia negativa del progenitor sobre el hijo menor. Ahora bien, de probar que existe una incapacidad para asumir los cuidados del menor, el órgano judicial competente, en beneficio del interés del menor, podrá privarlo de la guarda y custodia, que, de forma temporal, hasta su curación o mejora, le prive de los deberes que exige la guarda de los hijos²⁷.

En cuanto a la alienación parental, es concebido como una forma de maltrato infantil. Supone el conjunto de conductas de uno de los progenitores, normalmente el custodio, que ejerce su influencia en el menor para separar-

24 SEGURA, C; GIL, MJ; SEPÚLVEDA, MA, «El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil» en *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 12 (43-44), Enero- abril, 2006, pág. 120.

25 En la STEDH de 11 de enero de 2011 (TEDH 5), se condena a Moldavia en el caso Bordeianu contra Moldavia por entender que: *“El Tribunal señala que el encuentro entre las partes en fecha de 10 de agosto de 2007 fracasó por la negativa de la menor a volver con su madre. De ello se infiere que en ese momento de la ejecución las autoridades ya no podían ignorar que la alienación parental de la niña había alcanzado un grado que ponía en peligro el cumplimiento de la sentencia y que la solución del problema requería un enfoque complejo con la participación de expertos en la materia. Era en ese momento cuando, como muy tarde, las autoridades deberían haber sido conscientes de la gravedad del problema y haber adoptado un dispositivo de medidas destinadas a preparar la entrega de la niña de un progenitor a otro. Ahora bien, el Tribunal señala que nada de esto se hizo en el presente caso. El oficial de justicia decidió restituir el título ejecutivo el 27 de noviembre de 2007. El Gobierno no justifica en forma alguna el plazo transcurrido entre el 10 de agosto de 2007 y el 27 de noviembre de 2007”*.

26 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M, «Comentario al artículo 11 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Edersa, Madrid, 1984, pág. 823.

27 ROMERO COLOMA, A, «Enfermedades mentales en los progenitores», en *Diario La Ley*, nº 7037, de 20 de octubre de 2008.

los del otro progenitor. Le hace crecer en la convicción que el progenitor no custodio lo ha abandonado, que es mala persona, que no lo cuidará correctamente. Lo que, en el menor, se genera un sentimiento de miedo, terror, frustración, frente al progenitor no custodio. En beneficio del «interés superior del menor», debe prevalecer la relación del menor con ambos progenitores. El intento de uno de ellos, porque el menor rechaza al otro progenitor es del todo desechado por la jurisprudencia puesto que provoca en el menor, una involución en el desarrollo de su personalidad. El rechazo de los menores frente a uno de los progenitores provocado por el resentimiento del otro progenitor, puede provocar un progreso desafortunado en los menores. De hecho, la tendencia jurisprudencial ante estas situaciones es: una transferencia de la guarda y custodia, siempre que sea aconsejado por los técnicos especialistas, para el tratamiento de la fobia frente al progenitor alienado²⁸.

28 No obstante, como refiere ALASCIO CARRASCO, no podemos confundir el SAP-considerado “enfermedad mental”- con determinadas conductas de los progenitores que instiguen la hostilidad hacia el otro. En este sentido, se señalan una serie de síntomas que indican el padecimiento de SAP: Campaña de denigración en la cual el niño está obsesionado con el odio hacia uno de los progenitores; Racionalización de la conducta de manera débil, absurda o frívola; falta de ambivalencia; El fenómeno del “pensador independiente”; Apoyo automático al progenitor alienante; Falta de remordimientos por la crueldad hacia el progenitor alienado; Presencia de “situaciones” prestadas; Extensión de la animosidad hacia la familia del progenitor alienado. ALASCIO CARRASCO, L, «El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007» en *Indret*, núm. 1/2008, pág. 4 y ss. (<http://www.indret.com>). Establece ESCUDERO, A; AGUILERA, L; DE LA CRUZ, J, que para que pueda diagnosticarse SAP será necesaria la concurrencia de 8 síntomas: 1. Una campaña de denigración. 2. Racionalizaciones débiles, absurdas, o frívolas para la desaprobación. 3. Ausencia de ambivalencia. 4. El fenómeno del «pensador-independiente». 5. Apoyo reflexivo al padre alienante en el conflicto parental. 6. Ausencia de culpa sobre la crueldad y/o explotación hacia el padre alienado. 7. La presencia de escenarios prestados. 8. Extensión de la animosidad hacia los amigos y/o familia extendida del padre alienado. En «La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»», en *Revista Asociación Española de Neuropsicología*, nº. 102, 2008, pág. 287-288. SAP de Islas Baleares de 7 de febrero de 2008 (AC 1996). En esta sentencia se estima que el menor se encuentra inmersa en una “batalla” entre sus progenitores que le impide poder desarrollarse de una manera libre y sana, y que los especialistas consideran que está padeciendo un SAP moderado y severo deben ser acompañadas en un estricto apoyo judicial y policial que permita la separación del hijo alienado de sus fuentes de alienación -progenitor y familia extensa-, todo ello bajo supervisión y compromiso de los profesionales responsables. LA SAP de Murcia de 16 de octubre de 2006 (JUR 285957), en esta ocasión el SAP es puesto

Está claro que cuando un menor es víctima de violencia en manos de algunos de sus progenitores, este debe ser privado, en mi opinión, no solo del ejercicio de la patria potestad sino también de su titularidad. Cabe la duda, en si un progenitor condenado por violencia de género es apto o no para el ejercicio de la guarda y custodia. No es una cuestión exenta de discusión. La propia jurisprudencia parece contradictoria puesto que en algunos supuestos manifiesta que esta circunstancia no impide ser apto para el ejercicio de la guarda y custodia²⁹ -debe entenderse que porque los malos tratos se propiciaron a la madre y no al menor-. Pero en otros, parece sostener que es improcedente otorgar en estos casos la guarda y custodia al progenitor “presunto” maltratador³⁰.

c. Escenario 3: patria potestad conjunta y guarda y custodia alterna

Tras la reforma de 2005, se produce una auténtica revolución en nuestro derecho de familia. Por primera vez, en ámbito nacional, se regula expresamente la posibilidad de la conocida como guarda y custodia compartida.

Con este escenario, que analizaremos más profundamente, se pretende que a pesar de que los progenitores hayan cesado en su convivencia, esto no implique una renuncia tácita a la educación, contacto, comunicación y presencia en la vida de los hijos menores.

En este escenario, la patria potestad es conjunta, por supuesto. Y la guarda y custodia será alterna. Es decir, en régimen de alternancia, conforme se adopte por las partes o por el órgano de oficio, cada uno de los progenitores tendrá al menor durante un tiempo determinado en el que ejercerá los derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad. No obstante, durante el tiempo en que el progenitor no custodio no esté con los hijos, podrá asumir

de manifiesto por los abuelos del menor. Igualmente, la Audiencia estima la existencia de SAP y refiere a los abuelos paternos como alienados, otorgándoles el derecho de comunicación y estancia.

29 Entre otras, SAP de Ciudad Real de 17 de octubre de 2016 (JUR 2519145); SAP de Palencia de 27 de octubre de 2015 (JUR 74799)

30 Entre otras, la SSAP de Murcia de 0 de marzo 2012 (JUR 122862); de 16 de diciembre de 2010 (JUR 62410). En este sentido, el Pacto de Estado contra la violencia de género, pretende la modificación de la ley en este sentido, prohibiendo a los condenados por violencia de género ostentar la guarda y custodia de los hijos, incluso, en los casos más graves, se intenta privarles de régimen de comunicación y estancia. Por otro lado, un pronunciamiento del TS, reciente, viene a indicar que menor no necesita estar presente durante el maltrato para aplicar un agravante (STS de 18 de abril de 2018 (RJ 1455).

ciertas responsabilidades que le otorga la titularidad conjunta de la patria potestad³¹.

Siendo esto así, es necesario precisar que los modelos dentro de la guarda y custodia compartida son diversos. Habrá que estar a las necesidades de los menores y de los propios progenitores. Sobre este escenario, que nos parece el más coherente con la salvaguarda y protección del Interés superior del menor, ahondaremos a continuación.

6. Deberes inherentes a la patria potestad y guarda y custodia

Señala el artículo 154 Cc que los derechos inherentes a la patria potestad son: *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*. Estos siempre se tendrán que ejercer en interés de los hijos.

En relación a los procesos de divorcio, es decir, cuando los progenitores cesan en la convivencia, deben acordar el ejercicio de estos derechos o el órgano judicial debe pronunciarse sobre ellos tal y como se contempla en los artículos 90 y ss. del Cc.

A este respecto, señala el artículo 92.1 Cc: *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*.

Como estudiamos en el capítulo anterior, el divorcio se puede sustentar por los cauces del procedimiento contencioso o consensual o de mutuo acuerdo. De este modo, cuando existen hijos menores, los progenitores podrán de mutuo acuerdo, presentar un convenio regulador disponiendo medidas respecto de los hijos menores en relación a: *“el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”*.

Sin embargo, puede ocurrir el escenario contrario: si los progenitores no llegasen a acuerdo respecto al ejercicio de la guarda y custodia, será el órgano judicial el que de oficio, y siempre con la estricta observancia del «interés superior del menor», el que adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la filiación.

En los procedimientos en los que existen hijos menores, siempre se sustanciarán ante el órgano judicial competente, con intervención del MF. Y ello,

31 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentario del nuevo artículo 92 del Código Civil»... op. cit., pág. 142.

con independencia del cauce procedimental por el que se sustancie. Siempre será necesaria la intervención del órgano judicial para la aprobación del convenio regulador, para que vele porque las medidas adoptadas por las partes, protegen debidamente el interés de los menores.

Como señala ZARRALUQUI, *la custodia queda ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, educación y la disciplina y el orden común de vida*³².

Los derechos sobre los que se pronuncia el órgano judicial- aprobación del convenio regulador o adopción de medidas- se concretan en: pensión por alimentos, uso de la vivienda familiar; régimen de comunicación y estancia.

A. Pensión por alimentos

Señala el artículo 142 Cc:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

Tal y como dispone el artículo 143 Cc: están obligados a prestar alimentos, para el caso que nos ocupa, los ascendientes. Es decir, los progenitores, están obligados a prestar alimentos a los hijos menores y cumplida la mayoría de edad, hasta que hayan terminado su formación y carezcan de ingresos propios.

La pensión por alimentos debe ser entendida como una obligación derivada de la filiación y originada por esta. En caso de convivencia no es fijada y/o aprobada por un órgano judicial, pero cuando los progenitores se divorcian, la pensión por alimentos debe ser adoptada y/o aprobada por el órgano judicial competente. De forma que esta cubra todas las necesidades del hijo y teniendo en cuenta los recursos económicos de los progenitores. La pensión por alimentos trata de evitar que los hijos menores sufran una merma en su vida como consecuencia del divorcio de sus padres³³.

32 ZARRALUQUI SÁNCHEZ.EZNARRIAGA, L, «Reflexiones en relación a la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres»... op. cit., pág. 46.

33 MARÍN PEDREÑO, C; MAGÁN, J, «Pensión de alimentos: tendencia europea a las tablas» en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo 2014, pág. 32.

Cuando la guarda y custodia queda en manos de uno solo de los progenitores, parece que la pensión alimenticia que se otorga al menor, cubrirá la totalidad de sus gastos. Pero en teoría, ambos progenitores tienen que hacerse cargo de los mismos y por ello, la pensión por alimentos que otorga el progenitor no custodio debiera cubrir una parte de los gastos de los hijos menores. Así, lo anuncia el artículo 93.1 Cc que señala:

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Una de las discusiones más habituales entre los progenitores es la determinación de gasto ordinario o extraordinario. De esta naturaleza dependerá la inclusión o no en el concepto de pensión por alimentos. Así, la Jurisprudencia ante estas situaciones y en relación con los gastos educativos establece³⁴:

“En el concepto de pensión alimenticia deban incluirse los gastos ordinarios que devengue la actividad educativa normal, no así, las complementarias a aquéllas, que aún siendo educativas, no tienen su encuadre en la actividad propia escolar”.

Para la *fijación de la cuantía* de la pensión por alimentos, deberá tenerse en cuenta varios factores: los recursos económicos de los que disponen los progenitores. Y deberá atender a criterios de proporcionalidad. Es decir, la cantidad se fijará proporcionalmente a los ingresos que reciban ambos progenitores.

En este sentido, el CGPJ, ha diseñado una aplicación para la estimación de la pensión alimenticia en la que se tienen como criterios básicos³⁵:

1. El tipo de custodia: monoparental o compartida
2. El número de hijos
3. El año en que se solicita
4. El municipio en el que reside el/los menores: indicando provincia y localidad
5. Los ingresos de los progenitores: tanto del progenitor custodio como del no custodio

En cuanto al gasto extraordinario, hay que tener en cuenta que no se pue-

34 SAP de Navarra de 31 de julio de 1998 (AC 1351).

35 Página oficial del CGPJ (<http://poderjudicial.es>).

de fijar de antemano la cantidad líquida que se tiene que pagar por los progenitores puesto que, el concepto de gasto extraordinario, tiende a sufragar todo aquello que se sale de lo natural o de lo común y que no se produce con cierta periodicidad³⁶. De este modo, parece que lo más razonable, teniendo en cuenta la titularidad de la patria potestad, que el gasto extraordinario sea cubierto por ambos progenitores, será necesario que ambos lo hayan consentido o, en nuestra opinión, que resulte de necesidad para el menor pero que se salga del gasto ordinario común.

No obstante, estos criterios no creemos que sean suficientes para poder determinar la cantidad que se debe pasar en concepto de pensión alimenticia. En primer lugar, porque entendemos que no solo deben tenerse en cuenta los ingresos de los progenitores, sino también las cargas económicas que sobre ellos pesan: préstamos hipotecarios, pensión compensatoria, pensión alimenticia previamente fijada³⁷, etc. Y en segundo lugar, porque habrá que estimar los gastos ordinarios mensuales de los menores para poder determinar con exactitud el montante al que debe ajustarse la pensión³⁸, tal y como exige el artículo 93 Cc³⁹:

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”.

Sin embargo, la indeterminación de los preceptos que regulan la materia, puede generar conflictividad entre los progenitores, posibilidad de respuestas judiciales diferentes en casos similares, etc. Y esto es un problema importan-

36 IVARS RUIZ, J, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 186.

37 Esta previsión se recoge en Inglaterra y Gales. Al respecto señalan, MARÍN PEDREÑO MAGÁN, J que: “*regula también las reducciones a aplicar cuando existan hijos de otra relación, lo cual permite un trato más equitativo en la medida de lo posible, y una mayor adaptación a las circunstancias*”. En «Pensión de alimentos: tendencia europea a las tablas»... op. cit., pág. 33.

38 Recuérdese que la pensión por alimentos se concede al menor para evitar que el divorcio suponga una merma en la vida llevada por el menor.

39 Igualmente, establece el artículo 146 Cc al respecto: “*La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*”.

te puesto que genera inseguridad jurídica entre los justiciables y sobre todo, puede afectar a los intereses de los menores, no solo en el ámbito económico, sino más bien en el ámbito emocional (cuando el menor ve como sus padres discuten por dinero que le puede hacer pensar que le están poniendo precio).

Igualmente, desde el CGPJ y con la finalidad de poder agilizar y reducir la litigiosidad en los asuntos de familia, sobre todo en los relacionados con menores, se han establecido una serie de tablas orientativas de pensión alimenticia⁴⁰.

En cuanto al tiempo en que debe existir la obligación de prestación por alimentos, señala el TS que *“Mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación”*⁴¹.

B. Vivienda familiar

Entre los deberes que se incluyen en la titularidad de la patria potestad está el deber de habitación. Esto es, el deber de los progenitores a facilitar al hijo menor, un lugar apto⁴² donde vivir.

El artículo 96.1 Cc establece:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

40 En este sentido, los operadores jurídicos que actúan en este ámbito entienden que estas tablas deben ser consideradas: *un instrumento muy útil en el ejercicio de la función jurisdiccional en los procesos de familia, contar con una Tabla orientativa para la fijación de las pensiones alimenticias de los hijos, pues incrementa los niveles de previsibilidad de la respuesta judicial, aumenta la seguridad jurídica y facilita acuerdos y soluciones de auto-composición en este tipo de procesos, evitando en buena medida los costes sociales de los procesos contenciosos*. Vid. «Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial».

41 STS de 5 de octubre de 1993 (RJ 7464). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 142 Cc prevé la posibilidad de que la obligación de la pensión por alimentos exista aun cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad, en los supuestos en que todavía no hubiera terminado su formación.

42 Establece CRUZ GALLARDO, al respecto que: *el inmueble debe gozar de las condiciones de habitabilidad, higiene y conservación, básicas para el ejercicio del derecho de uso*. En *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 224.

De la redacción de este artículo se deduce que, durante todo el tiempo en que el hijo menor viva en el domicilio familiar, el/los progenitores titulares no podrán hacer uso de ella.

Pero qué ocurriría en los supuestos en que la vivienda familiar tuviera una hipoteca pendiente. En principio, el mantenimiento de las cargas familiares –obligaciones hipotecarias– le debiera corresponder a las partes que constituyeron el préstamo, con independencia, que usen o no la vivienda familiar. La obligación de pago deviene de un préstamo hipotecario y la vivienda familiar atribuida a los menores deriva de la filiación. Por tanto, no puede recaer únicamente en el progenitor custodio, que utiliza la vivienda, la totalidad del pago de la cuota del préstamo. Entendemos que, el pago de la cuota hipotecaria debería sostenerse por los titulares del préstamo a partes iguales siempre que sea posible el sostenimiento de dicha carga económica por ambos progenitores. No obstante, puesto que es cuestión de derecho disponible, las partes podrá determinar el acuerdo económico que estimen conveniente siempre que no perjudique los intereses de los menores afectados⁴³.

Cuando el progenitor custodio y titular del uso de la vivienda no es el titular del derecho de propiedad, debe protegerse frente a posibles injerencias. Estas injerencias se concretan en los actos de transmisión que el progenitor no custodio –titular del derecho de propiedad– puede realizar con terceros de buena fe. De este modo para evitar cualquier perturbación que estos actos puedan ocasionar, se recomienda el asiento registral del derecho de uso en

43 En este sentido señala GÓNZALEZ DEL POZO, JP que: “*La ruptura de la convivencia, los cónyuges o progenitores en conflicto mantienen como objetivo procesal de primer orden conseguir la atribución judicial del uso exclusivo de la vivienda (y del mobiliario y ajuar familiar en ella existente), no sólo por el alto valor económico que representa el derecho de uso exclusivo, indefinido y gratuito de la misma, sino porque, además, en la mayor parte de los matrimonios o parejas de hecho el inmueble destinado a vivienda está gravado con una hipoteca de larga duración (a 15, 20, 25 o más años) cuyo capital está pendiente de amortizar en su mayor parte al tiempo de suscitarse el litigio familiar, de modo que para el cónyuge o progenitor obligado a abandonar el domicilio conyugal, la salida del mismo le obliga a procurarse un nuevo inmueble en que alojarse, asumiendo una carga económica antes inexistente, al tiempo que debe continuar abonando la mitad de la hipoteca del inmueble que constituyó del domicilio conyugal y la pensión alimenticia correspondiente a los hijos comunes, todo lo cual le coloca, en la mayor parte de los casos, en una situación de extraordinaria precariedad económica.*”, en «El uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia de los hijos: la interdependencia de ambas medidas en los procesos de familia» de 1 de junio de 2015. En (<http://www.elderecho.com>).

el Registro de la Propiedad. De este modo, el tercero de buena podrá tener conocimiento de su existencia y de la tutela jurídica que se confiere a este derecho de uso derivado de la filiación⁴⁴.

Por otro lado, cuando el uso de la vivienda familiar se hace tiene una duración determinada. Cuando el derecho de uso viene determinado por la filiación, el cambio de circunstancias que lo originaron, puede dar por finalizado este derecho, si es que la sentencia en la que se establece, no fijó plazo de fin⁴⁵.

La aplicación taxativa del artículo 96, ha sido duramente criticado por la doctrina. Como señala PÉREZ GALVÁN, el foro creado con los Encuentros institucionales de Jueces y Magistrados de Familia, Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia, han aprobado una conclusión en cuanto a la praxis que debe seguirse en la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no haya acuerdo sobre el respecto entre las partes: *“Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: a) La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. b) En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se hará siempre con carácter temporal”*⁴⁶.

En definitiva, aunque la existencia del artículo 96 nos indica que al progenitor custodio le pertenecerá el uso de la vivienda familiar, no siempre será así. El pacto de las partes sobre este aspecto será tenido en cuenta y respe-

44 PÉREZ UREÑA, AA, «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad» de 1 de septiembre de 2011. En <http://www.elderecho.com>

45 Así, previene CERVILLA GARZÓN, MD, «Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge», en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003, pág. 16: *“este derecho es un derecho «per relationem», que su nacimiento viene determinado por la protección del interés de los hijos, menores o no; por lo que, cuando estas circunstancias varían por alcanzar la mayoría de edad y la independencia económica, el derecho cesa para el cónyuge titular del derecho a usar de la vivienda. Es posible que el uso se atribuya a una tercera persona, siempre que esa persona sea a la que haya quedado encomendada la guarda y custodia de los hijos”*.

46 PÉREZ GALVÁN, M, «Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar», en *La Toga*, núm. 183, agosto-octubre 2011, pág. 13.

tado por el órgano judicial en la mayoría de las ocasiones. En caso de que el acuerdo no exista: habrá que estar al análisis que el órgano competente haga del caso concreto sin que sea preceptiva la aplicación estricta del precepto mencionado. Así, en muchos supuestos, y a pesar de la existencia de hijos menores, el órgano judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, si se acredita que el derecho de habitación del menor, quedará debidamente cubierto. A este respecto se pronuncia el TS⁴⁷:

“El propio Tribunal Supremo viene admitiendo en alguna de sus resoluciones más recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil -cuya pronta modificación y más completa regulación considera el propio Tribunal Supremo debe producirse de manera inexcusable-, en atención a las especiales circunstancias personales y laborales de los progenitores y cuando esa facultad de limitación constituya una solución razonada que no perjudique el interés de los menores por contar los progenitores con capacidad suficiente para satisfacer las necesidades de habitación de los mismos, o cuando la atribución indiscriminada del referido derecho de uso y disfrute exclusivo supone un abuso de derecho que no debe ser amparado por los artículos 7 y 96, ambos del Código Civil”.

C. Régimen de estancia y comunicación

Es necesario que los hijos mantengan el contacto con ambos progenitores. Así, con independencia de la modalidad de guarda y custodia ante la que nos encontramos, siempre existirá un régimen de comunicación y estancia del progenitor no custodio.

El artículo 94.1 Cc dispone:

“El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.”⁴⁸

47 STS de 22 de febrero de 2017 (RJ 1079). Igualmente, la STS de 17 de junio de 2013 (RJ 4375) manifiesta que: *“hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...”*

48 Es más, el régimen de comunicación que debe tener los hijos con sus progenitores

Como pone de manifiesto el TS, se exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos⁴⁹.

Son muchas las formas en las que puede desarrollarse. Y como en todo lo relacionado con el tema de familia y menores, habrá que estar a las circunstancias concretas del caso para determinarlo. Pero hay que tener presente que el régimen de visitas por muy amplio que este sea, no puede calificarse como guarda y custodia compartida. Así lo pone de relieve la Jurisprudencia⁵⁰:

“Ciertamente, desde un plano material, la línea de separación entre la figura de la guarda y custodia compartida y el régimen de comunicación y visitas del art. 94 del CC es más difusa cuanto más amplio sea el régimen de comunicación y visitas, pero desde el plano técnico ello no autoriza a igualar uno y otro, en cuanto que el otorgamiento de la guarda y custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los menores bajo su custodia en un plano superior al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas establecido, quien no por ello no deja, como es lógico, de constituirse en garante de su cuidado mientras están con él, careciendo de sentido, por

es tan necesario para el normal desarrollo del menor que el artículo 160 Cc proclama el derecho de comunicación con los progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad. Así, dice el precepto mencionado: “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”.

49 SSTs de 2 de julio de 2014 (RJ 4250); de 19 de julio de 2013 (RJ 5002).

50 SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2006 (JUR 251470).

el contrario, el establecimiento de un régimen de visitas si lo acordado y decretado es la guarda compartida, como también en ese caso, se vería afectado el deber alimentario que pesa sobre el progenitor no custodio (art. 93 CC) que, en principio y puridad, carecería de sentido siquiera, en la práctica, con buen criterio se suele acordar la constitución de un fondo para gastos extraordinarios o, también, para los ordinarios, como así convinieron los cónyuges en el proceso de separación en que, efectivamente, se acuerda una distribución de la convivencia de los menores con sus progenitores que configura una verdadera guarda compartida, cuanto más que así se dice y quiso expresamente en aquel momento y se infiere, también, según se ha dicho, del fondo acordado de constituir para gastos ordinarios y extraordinarios”.

Está claro que lo ideal es que exista acuerdo entre los progenitores para que el régimen de comunicación y estancia sea el más adecuado para las necesidades, circunstancias y personalidad del menor y para que el progenitor que hace uso de él pueda disponerlo conforme a sus horarios. Los acuerdos al que lleguen las partes, serán aprobados por el órgano judicial siempre que no perjudiquen los intereses del menor y las necesidades de los menores y, además, no suponga un agravio para la relación con alguno de los progenitores.

Pero lo más adecuado no es siempre fácil de obtener. En algunos supuestos, la alta conflictividad entre las partes les impide llegar a un acuerdo sobre el régimen de visitas de sus hijos menores. En estos casos, será el órgano judicial de oficio quien adopte la decisión teniendo en cuenta las características del caso concreto y, en primera posición siempre, el «interés superior del menor».

Como se ha dicho, el régimen de visitas dependerá de las características de las situaciones de cada caso concreto. La mayor o menor frecuencia de este régimen, dependerá en gran medida de la cercanía o no de lugar de residencia del menor y del progenitor no custodio. En este sentido, cuando la residencia de uno de ellos está fijada en el extranjero o en localidades distantes, es lógico pensar que el régimen de visitas se reducirá a los periodos vacacionales con los que cuente el menor⁵¹. De otra forma, le podría perjudicar en su formación

51 Un ejemplo de ello, lo encontramos en el siguiente pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia de Reus (Tarragona), número 5, por Auto de 1 de marzo de 2012 (AC 360): *“el hecho objetivo de la distancia entre las respectivas localidades de residencia hace muy gravoso para el padre, en atención a sus posibilidades económicas, el desplazamiento a Lebrija en fines de semanas alternos, pues tendría que emplear un gran periodo de tiempo en el viaje (unas 10/11 horas por trayecto), así como una cantidad importante de dinero en los gastos ocasionados por el mismo (entre ellos, el de hospedaje en Lebrija); así las cosas, se hace difícil compensar la ausencia de la menor con tan sólo el uso de otros medios no presenciales (teléfono, webcam, por ejemplo), por lo que sólo puede encontrar-*

y desarrollo personal⁵².

A falta de acuerdo entre los progenitores, los tribunales, en la práctica, parece que se suele diferenciar entre régimen de visita normalizado y régimen de visita no normalizado por existir alguna característica especial que lo hagan diferente. En régimen normalizado: suele establecer una estancia con el progenitor no custodio de fines de semanas alternos; vacaciones por mitad; y alguna tarde semanal con o sin pernocta. En cuanto al régimen de visitas no normalizado, suele comprender alguna modificación en el anteriormente expuesto, precisamente por la existencia de alguna causa que lo justifique, como, por ejemplo, la corta edad del menor⁵³. No obstante, este régimen irá

se un equilibrio en el ejercicio de la función de patria potestad del padre en la atribución al mismo de la guarda y custodia de la menor en los completos periodos de duración de las vacaciones escolares de semana Santa, verano (sólo los meses completos de julio y agosto) y Navidad, ajustados al calendario escolar que rija en Lebrija; debiendo ser entregada la menor por la madre, y a su costa, en L'Hospitalet de l'infant, al comienzo de cada periodo escolar, o el 1 de Julio si se trata del verano, y reintegrada por el padre, y a su costa, en Lebrija, una vez finalizado el periodo correspondiente, o el 31 de Agosto si es verano. Dicha atribución de guarda y custodia al padre facilitará, asimismo, las relaciones con la familia extensa que reside, o puede desplazarse, a L'Hospitalet de l'infant".

52 Además, en estos casos de traslado de los menores, habrá de pronunciarse sobre los gastos que ocasionan dichos desplazamientos. En esta ocasión, el TS ha establecido ha fijado doctrina sobre cómo ha de ser un régimen equitativo entre los progenitores de las cargas derivadas del régimen de visitas cuando ambos cónyuges viven en localidades diferentes, apoyándose tanto en el interés del menor como en el reparto equitativo de cargas. “Lo deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual; b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables”. SSTS de 26 de mayo de 2014 (RJ3172); de 19 de noviembre de 2014 (RJ 5724); de 15 de diciembre de 2017 (RJ 439).

53 La STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 1670), indica a este respecto: “que considera que dada la corta edad de la menor, la atribución a la madre de su guarda y custodia está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre, un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil”.

acompañado de un contacto progresivo que culminará en la adaptación al régimen normal⁵⁴.

En el artículo 8 de la Convención de los derechos del niño, ya se recogía en el artículo 8.1:

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

En 2003, por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se reconoció legalmente el derecho de los nietos a relacionarse con sus abuelos –que en la práctica jurídica, *de facto*, se aplicaba–. Se introdujo así, el párrafo segundo el artículo 94 Cc que establece:

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

Igualmente, el artículo 160.2 Cc señala que: *No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.*

La justificación de estas relaciones, en palabras del TS, supone una inserción beneficiosa *al menor en su entorno familiar completo, resultan necesarias cuando de ellos se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también en las contradicciones que emanan a veces de los planteamientos y opiniones de los parientes, si bien siempre que revistan un carácter de normalidad, es decir, no respondan a patologías o ejemplos corruptores*⁵⁵.

En este sentido, se entiende que no procede el negar la relación entre nietos y abuelos por las malas relaciones familiares existentes entre los abuelos y los progenitores de los menores.⁵⁶

No obstante, como hemos dicho en repetidas ocasiones, en todas las re-

⁵⁴ Como pone de manifiesto la STS de 1 de marzo de 2016 (RJ 736).

⁵⁵ STS de 11 de junio de 1996 (RJ 4756).

⁵⁶ FAYOS GARDÓ, A, «Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes» en *Diario La Ley*, n.º. 8459, de 15 de enero de 2015.

laciones se debe proteger el «interés superior del menor». es por ello, que la Jurisprudencia ha hecho una interpretación *a sensu contrario* del artículo 160.2 Cc. De esta forma, *permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Y la sentencia recurrida ha considerado justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores cuya visita se demanda, con la abuela, su madre, lo que podría “repercutir en la integridad psicológica del menor”; es decir que la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir*⁵⁷.

Para finalizar debemos tratar la cuestión del desarrollo del régimen de comunicación y visitas. En cuanto al régimen de comunicación, será el que los progenitores acuerden. A falta de acuerdo lo establecerá el órgano competente y normalmente señalará la comunicación diaria en horas que no perturben al menor de edad.

Con respecto al régimen de visitas, hay que recordar que las rupturas de las parejas no son fáciles y menos aquellas que tienen hijos. Muchas parejas intentan superar sus diferencias por el bien de sus hijos menores y el régimen de comunicación y estancia lo llevan de manera más beneficiosa para el menor de edad, para que esta situación le perjudique lo menos posible. Sin embargo, hay supuestos en que las parejas no dejan de lado las situaciones conflictivas y el tema se complica, puesto que convierten los encuentros entre los mismos con ocasión de la entrega y recogida de los menores en un escenario propicio de descalificación en presencia de los menores⁵⁸. Otras situaciones, es el propio mandato judicial el que prohíbe el acercamiento de un progenitor a otro, por lo que la recogida y devolución de los menores para que se pueda desarrollar el régimen de visitas es más difícil.

Por ello, se crearon los espacios denominados “puntos de encuentro fa-

⁵⁷ STS de 18 de marzo de 2015 (RJ 1152); 14 de noviembre de 2013 (RJ 7264); 20 de octubre de 2011 (RJ 6843); de 27 de julio de 2009 (RJ 4577); de 11 de noviembre de 2005 (RJ 9476); de 28 de junio de 2004 (RJ 4321).

⁵⁸ GÓNZALEZ DEL POZO, JP, «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento» en *Diario La Ley*, nº. 6998, de 28 de julio de 2008. Argumenta el autor que estas descalificaciones que pueden llegar incluso a las agresiones físicas, se hacen en presencia de los menores que emocionalmente los desestabilizaba.

miliar”. Estos son servicios especializados que cuentan con profesionales en familia para que los menores y progenitores o familia con la que no conviven proporcionando un lugar de encuentro familiar adecuado y neutral, con apoyo de profesionales que garanticen la seguridad y el bienestar del menor y facilitando el apoyo psicológico, si lo precisan, y técnicas y herramientas para resolución de conflictos con el fin de, en su caso, poder llegar a acuerdos consensuados en beneficio de todos los miembros de la unidad familiar⁵⁹.

Así, los PEF, podrán servir como punto de entrega y recogida de los menores en algunos casos; y como lugar donde se desarrollan las visitas con los progenitores no custodios en otros. Están dirigidos a ocuparse de las situaciones de conflictividad familiar en las que las relaciones entre menores y progenitores se encuentran interrumpidas u ofrecen dificultades en su desarrollo⁶⁰.

A pesar, de que surgieron para la utilización en los divorcios especialmente conflictivos, lo cierto es que se están utilizados y son aconsejados en aquellos supuestos en que existe una orden de alejamiento entre progenitores en casos de violencia de género⁶¹. Puesto que el funcionamiento de estos PEF hace que los progenitores no tengan que contactar.

Pero, los PEF no solo son utilizados para el desarrollo de las relaciones entre menor/progenitor, sino que también están pensados para las relaciones entre menores/ y demás familiares. En estos supuestos, en caso de conflictividad entre progenitores/abuelos, los menores podrán relacionarse a través de los PEF con estos. Así lo pone de manifiesto la Jurisprudencia⁶².

59 Vid. <http://www.madrid.org>

60 DE LA TORRE LASO, J, «La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial», *En Diario La Ley*, nº. 8993 de 5 de junio de 2017.

61 STS de 27 de octubre de 2015 (RJ 5043).

62 SAP de Albacete de 19 de enero de 2017 (AC 192): en esta sentencia se reconoce el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto en los PEF por entender que la privación de patria potestad de su padre por abuso de menores, en nada tiene que ver con las relaciones entre menor/abuelo y que por tanto, no lo perjudicará. SAP de Asturias de 11 de febrero de 2013 (JUR 91245). La audiencia conoce el supuesto en que se solicita por los abuelos régimen de visitas para su nieta. El caso es que el padre de la menor ha sido condenado por intentar acabar con la vida de su mujer (madre de la menor). Así, señala la Audiencia que las visitas pueden llevarse a cabo por los abuelos siempre que cuenten con supervisión de los profesionales del PEF porque *ante la imposibilidad de que los recurridos sean capaces de ocultar sus sentimientos y aislar a la menor del gravísimo conflicto parental en que*

En definitiva, garantizar el efectivo cumplimiento del «interés superior del menor», no es siempre tarea fácil. Cuando los propios progenitores no pueden hacerlos, las autoridades deben garantizar su primacía frente a cualquier otro. Por ello, la creación de los PEF, supone la seguridad de que el menor no sufrirá alteraciones en su estabilidad emocional durante los encuentros entre los progenitores y/o familiares, si es que estos no pueden hacerlos por

inevitablemente se ha visto inmersa suscita las mayores dudas, antes bien lo previsible es que la aversión que sienten por su nuera salga a flote de una manera u otra perjudicando la estabilidad emocional de una niña que fue testigo de lo acontecido y, al parecer, ha precisado terapia para poder afrontarlo. SAP de A Coruña de 8 de junio de 2017 (JUR 19021): en esta ocasión, la guarda y custodia la desarrolla de facto la abuela paterna y se entiende que debe proporcionarse un régimen de visitas al padre que se llevará a cabo en el PEF: “pese a lo acordado en su día en el convenio regulador y en la sentencia cuya modificación se interesa, la realidad es que la guarda y custodia del menor, desde que tenía cuatro años de edad, la ha venido ejerciendo de hecho la abuela paterna, sin que desde entonces haya convivido con su padre, siendo por ello evidente que se ha producido un cambio relevante de las circunstancias concurrentes, respecto a la situación contemplada en la resolución anterior, capaz de justificar la alteración del régimen de custodia y visitas inicialmente establecido. En este sentido, la propia sentencia apelada reconoce la necesidad de proceder de forma progresiva a un acercamiento entre padre e hijo, mientras que el informe psicosocial elaborado por el equipo del IMELGA, ratificado en el acto de la vista del recurso, pese a constatar la negativa del menor, que ya ha cumplido 16 años, a relacionarse con su padre y la presencia en él de una conflictividad interna sobre la figura paterna, señala que el restablecimiento de las relaciones entre ambos comportaría beneficios para el menor, puesto que le permitiría superar esta conflictividad y construir una imagen realista de su progenitor mediante elementos de juicio propios, además de proporcionarle la posibilidad de conocer y entablar relación con su hermana por parte de padre, por lo que, en definitiva, considera beneficioso para el menor el establecimiento de un régimen de visitas con su padre a la mayor brevedad posible, comenzando con visitas semanales de una hora en el punto de encuentro, sin la presencia de familiares de las partes, a excepción de la hermana del menor, y que, transcurridas cuatro visitas, el padre pueda estar con su hijo en sábados alternos entre las 12 y las 20 horas, recogiendo y entregando al menor en el domicilio de la abuela paterna. Por ello, dado que las dificultades que presentan las relaciones paterno filiales no son insalvables, sino derivadas de la prolongada falta de comunicación entre el menor y su progenitor, ni tampoco impiden a éste asumir con plenitud sus responsabilidades como padre, estimamos que el régimen de visitas propuesto en el mencionado informe, y solicitado por el actor apelante, redundará en beneficio del menor y de su desarrollo afectivo, contribuyendo a la normal reanudación de la mutua relación, de manera que nos parece enteramente justificado y razonable en interés del menor.

sí mismos; y que, en aquellas ocasiones que las necesidades lo requieran, el encuentro se desarrollará ante el equipo profesional que velará en todo momento por la integridad emocional del menor.

III. LA AUDIENCIA AL MENOR

Como se ha repetido continuamente, el divorcio puede afectar a los menores, fundamentalmente, de manera radical. Es cierto que los niños no son iguales unos a otros, pero como regla general ante el divorcio de sus padres, los menores de edades parecidas pueden evidenciar similares síntomas: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de negación (el fantasma de la reconciliación); sentimientos de culpa y la suplantación. En mayor o menor medida, los menores afectados por el divorcio de sus padres, pasan por estos síntomas⁶³.

Algunos progenitores, enfrascados en sus propios intereses, no ven estas señales que les lanzan sus hijos. El divorcio comporta un cambio para toda la familia, pero los menores lo sienten en especial. Su modo de vida cambia y hay que prestar la atención debida.

De este modo, y en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, la Ley orgánica de Protección del Menor, le reconoce una serie de derechos entre los que se encuentra el derecho a ser oído. El artículo 9 de la mencionada ley establece:

El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

Es por ello, que cuando los menores tengan suficiente juicio y en todo caso cuando haya cumplido los 12 años, tiene derecho a intervenir en los procedimientos judiciales que se sustancien en torno a su persona. Y esto ocurre en los procedentes de divorcio. De esta forma, el menor, tiene el derecho a la audiencia ante el órgano judicial para decir aquello que estime conveniente en torno a la guarda y custodia, por ejemplo.

63 TEJEDOR HUERTA, A, «Intervención ante el síndrome de alienación parental» en *Anuario de psicología jurídica*, vol. 17, 2007, pág. 80.

El Cc, reconoce este derecho del menor en el artículo 92.2:

El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Se diferencia entre que el divorcio sea controvertido o no. Así, en el primer supuesto, el menor siempre que tenga 12 años va a intervenir, en todo caso, ante el órgano judicial competente para decidir sobre estas cuestiones (artículo 770 LEC). Sin embargo, cuando el procedimiento es de mutuo acuerdo, en menor solo intervendrá a instancia del órgano judicial, de los progenitores, de los miembros del equipo técnico o a instancia del propio menor (Artículo 777 LEC).

Hay que partir de la base de que, aunque la configuración legal de la audiencia al menor tenga la consideración de derecho, la intervención en el acto del juicio, con el órgano judicial investido de potestad, el fiscal y en algunas ocasiones la presencia de los padres, puede resultar traumático para los menores. Es decir, pueden tener la sensación, a la hora de declarar, que están defraudando a uno de sus progenitores y eso puede ser un problema para el menor de edad. La asistencia a un Juzgado para declarar en un procedimiento familiar en el que sus progenitores están enfrentados, siempre les impresionará. Y ello, a pesar de que la Ley orgánica de protección al menor, establezca:

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

La aplicación de este derecho a ser oído por los tribunales para la resolución de un caso de guarda y custodia, hay que ubicarlo, además, en la determinación del interés superior del menor, en el cual el mismo tendrá que decidir conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley de protección del menor:

La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal.

El derecho a ser oído, se configura como un derecho fundamental y como tal, una norma imperativa en la práctica judicial⁶⁴. De hecho, su omisión puede conllevar la declaración de nulidad de lo actuado y de lo decidido por el órgano judicial al entender que no se respetó el deseo del menor⁶⁵:

Concurre el supuesto de nulidad previsto en el apartado tercero art. 238 de la LOPJ por infracción de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa siempre que efectivamente se haya producido indefensión, pues el art. 770.4 párrafo 2º, aparece infringido en cuanto al principio de audiencia al menor, y todo ello con indefensión para el mismo, que al no haber sido oído, ha sido privado de su derecho a que sus deseos, sean tenidos en cuenta al tiempo de resolver. Todo ello nos lleva a estimar el recurso interpuesto, declarando la nulidad de la sentencia y retrayendo las actuaciones para se concluya el juicio conforme a lo preceptuado en la ley (resumen de prueba) y, a que previamente se oiga al hijo menor en los términos marcados en el proceso, resolviendo a continuación el Juzgador con arreglo a derecho.

Ningún niño aunque su desarrollo evolutivo lo permita, puede ser obligado a declarar en el procedimiento de familia. Por eso es considerado un derecho y no un deber. Sin embargo, en los procedimientos contenciosos, siempre que el menor haya alcanzado la edad de 12 años, están llamados a declarar conforme a lo dispuesto en el artículo 770.4 LEC. De este modo, a nuestro entender, parece que en sede del procedimiento contencioso, los mayores de 12 años no tienen el derecho de ser oído. Más bien, este derecho se ha transformado en una imposición. A sensu contrario, establece la Jurisprudencia en cuanto al derecho a ser oído⁶⁶:

Convertía el reconocimiento de un derecho en una imposición, desnaturalizando el propio derecho, que debería de analizarse caso por caso. Así mismo, en pro de la eliminación de la automática audiencia obligatoria, se consideraba la intranquilidad, el desasosiego y la alteración que, en buena parte de los casos según resultaba de la experiencia, ocasionaba a los menores su presencia y comparecencia en la sede judicial para generalmente

64 Como señala HUETE NOGUERAS: Ahora bien, el niño ostenta un derecho pero no tiene obligación de expresar sus opiniones, para él es una opción y puede ejercer su derecho a no hacerlo, pero para ello sí que resulta preciso que se garantice que recibe toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. En «Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores» en (<http://www.fiscal.es>).

65 SAP de Almería de 31 de octubre de 2007 (JUR 165806).

66 SAP de Valladolid de 11 de septiembre de 2006 (JUR 252090).

mostrar su conformidad a los acuerdos de sus padres, Si se entiende que la audiencia es obligatoria y automática ningún sentido cabría reconocer a la reforma operada mediante la Ley 15/2005 , pues hubiese bastado con mantener los preceptos reformados en su anterior redacción.

A nadie se le escapa que declarar sobre si prefiere ir a vivir con su padre o con su madre, es una decisión difícil. Pero más difícil es, cuando lo tiene que decidir en presencia de estos. Por ello, se permite la que el menor pueda declarar a puerta cerrada. No solo para los terceros ajenos al conflicto, sino de forma reservada frente a sus padres. Es decir, el menor puede ser llamado a presencia judicial, con presencia del MF y de los técnicos especialistas, pero sin presencia de los padres⁶⁷. Es por ello, que se garantiza al menor el derecho a expresar su opinión libremente.

Lógicamente, la decisión adoptada por el menor debería tenerse en cuenta como factor de la decisión del órgano judicial, aunque no puede ser el factor determinante⁶⁸. De este modo, el órgano judicial debería de explicar: por un lado, al niño cómo se tuvieron en cuenta sus decisiones; y con respecto a los padres, cuando obtengan la decisión judicial esta debe ir fundamentada. Y si la decisión se basa en la declaración del menor, esta debe ser conocida por los progenitores puesto que en caso contrario podría vulnerar el derecho a obtener una resolución de fondo, fundada en derecho y motivada⁶⁹.

No obstante, que la ley otorgue el derecho a ser oído, no significa que el juez competente, atendiendo casusas de necesidad, rechace tal posibilidad. Al negar el ejercicio de un derecho considerado fundamental, esta decisión del órgano judicial deberá ser motivada:

Los intereses del menor que se protegen en el art. 9 contemplan tanto el derecho a ser oído, que puede ser ejercitado directamente (apartado 2 párrafo primero) o a través o por medio de sus representantes legales cuando no sea posible o no convenga a su interés (apartado 2 párrafo segundo), como la posibilidad de no serlo cuando el Juez le deniegue tal derecho en resolución motivada, que obviamente deberá responder a un posible per-

67 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentarios del nuevo artículo 92 Cc»...op. cit., pág. 130-131.

68 La STS de 29 de abril de 2013 (RJ 3269), determina: *destacan que la responsabilidad de la decisión nunca puede recaer sobre el menor, y que el derecho del mismo a ser oído no significa que su opinión o voluntad hayan de ser determinantes para la resolución que se adopte.*

69 HUETE NOGUERAS, JJ, «Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores»... op. cit.

juicio para el menor que pudiese derivarse de la audiencia y que deberá resolverse en cada supuesto conforme a las circunstancias concurrentes⁷⁰.

Como hemos dicho, el órgano judicial competente puede considerar la declaración del menor para tomar su decisión. Pero es necesario que se tengan en cuenta una serie de factores tales como: el grado de madurez del menor; el contexto en el que se produce; la evolución de las relaciones paterno-filiales⁷¹.

En definitiva, la exploración del menor por parte del juez competente que esté conociendo del procedimiento de divorcio de los progenitores, debiera ser considerada, en cualquiera de los supuestos que la LEC ofrece, un derecho del menor al que puede acogerse si este lo estima conveniente y sobre el que el órgano judicial podrá decidir no conceder en caso de que las necesidades del caso así lo aconsejen. En los supuestos en que se proceda a la exploración de los menores, su declaración no puede resultar un factor determinante para la decisión final del órgano judicial. Obviamente, se deberán tener en cuenta, matizando dicha declaración a través de una serie de criterios establecidos. No es agradable acudir a un procedimiento ante un tribunal, máxime si las partes son tus propios padres que están discutiendo sobre tu persona. No siempre es asumible por los menores y los progenitores, deberían de ser conscientes de esta situación y anteponer el interés del menor al suyo propio y evitar que el menor acuda ante el juzgador a decidir con quién quiere vivir. Y ello, por más que la ley garantice la que la exploración del menor se hará con garantía de su intimidad y con el apoyo de los técnicos que se estimen pertinentes. De este modo, la exploración de menores, solo se debería quedar en un verdadero derecho del menor y no una imposición maquillada de derecho como sucede en algunos casos⁷².

70 SAP de Valladolid de 11 de septiembre de 2006 (JUR 252090).

71 SAP de Barcelona de 28 de junio de 2013 (JUR 197497). STS de 4 de noviembre de 2013 (RJ 7074) señala: *“la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor”*. En mismo sentido se pronuncia el TEDH en STEDH de 11 de octubre de 2016 (TEDH 72).

72 Un ejemplo de lo expuesto se resalta en la STS de 20 de octubre de 2014 (RJ 5613) en la que se determina que ante la contradicción operada por el Cc y la LEC en re-

lación con la exploración del menor y teniendo en cuenta, la ley de Protección del Menor, el TS determina que: *“en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio”*. Lo que nos lleva a reiterarnos en nuestra postura, un niño de 12 años sigue siendo menor de edad y con independencia del conflicto de sus padres y del modo en que estos quieren afrontar el mismo, el menor, tendría que tener el derecho de decidir si quiere o no ser explorado. Como fundamento de nuestro argumento, debemos hacer especial mención a la STS de 25 de octubre de 2017 (RJ 4676) entendiendo que la denegación tiene el objeto de *evitar a éstos cualquier perturbación dañosa derivada de su intervención reiterada en el ámbito judicial para dirimir las controversias existentes entre sus progenitores*.

CAPÍTULO IV

ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se han puesto de manifiesto los posibles escenarios que pueden producirse cuando una pareja con hijos menores pone fin a su convivencia.

Con la reforma del derecho de familia, producida en el 2005, se produjo un cambio sustancial en cuanto a la guarda y cuidado de los hijos menores del matrimonio. En cada vez más ocasiones, la guarda y custodia ejercida por ambos progenitores es la opción más utilizada.

El derecho de familia ha experimentado una evolución que permite adaptarse a las realidades sociales. En las siguientes líneas, creemos necesario exponer cuales han sido las principales modificaciones en torno a la figura de los hijos menores de edad en el procedimiento de divorcio y los efectos de este en los menores. Antes de la CE, la patria potestad se les daba a los padres (varón) y en su defecto a la madre. Así, en 1978, cuando entra en vigor la CE y promulga la igualdad, se modificó para conceder al padre o madre la patria potestad de los hijos menores sin que el género fuera la cuestión principal de dicha atribución.

La Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, permitía la disolución del vínculo matrimonial mediante un sistema culpabilístico. Es decir, el cónyuge que demandaba debía aportar un principio de prueba que permitiera al órgano judicial redactar una sentencia en base a dicho motivo. Todo ello, habiendo pasado por un período de reflexión: la separación de hecho (2 años sin convivencia) o de derecho (1 año sin convivencia).

El sistema social de distribución de las tareas se basaba en un modelo patriarcal. Así, la madre, era la que permanecía al cuidado de los hijos y en caso de cese de la convivencia la situación seguía siendo la misma. De este modo, se asumía que la guarda y custodia pasaba a manos de la madre y al padre tan solo le correspondía un régimen de visitas. Injusto o no, era la situación que imperaba y a la que se le había dado ciertos tintes de normalidad. Ni siquiera

se planteaba la posibilidad de que a los padres se le fuera atribuido esta facultad, y mucho menos que la compartiera con la madre¹.

Con la evolución de la sociedad, el sistema cambia. La inserción de la mujer, de nuevo, en el mercado laboral, hace que el reparto de las tareas del hogar se tenga que compartir y así, en mayor o menor medida, se reparte el cuidado de los hijos. no obstante, esta afirmación resulta ser en muchos hogares españoles una utopía. Las políticas generales tienden a la desaparición de la desigualdad de género, imperada por el sistema patriarcal, pero en la práctica, el hombre tan sólo ha transformado su intervención en las tareas del hogar en una simple “ayuda”. Como señala a este respecto CATALÁN FRÍAS²:

La clara distribución de roles ha tenido una indudable repercusión en la atribución de custodias a favor de las madres, siendo considerada de manera genérica por la sociedad como la persona más adecuada para el cuidado de los menores.

Es cierto, que la situación hasta 2005, no había cambiado mucho. A las madres, se le seguía concediendo en la mayor parte de los casos la guarda y custodia exclusiva de los hijos menores.

En 2005, se modifica el Cc y la LEC y se introduce en los textos legales, la posibilidad de que los padres compartan la guarda y custodia de los hijos menores³.

1 CARRASCO PEREA establece: *Los maridos o ex maridos podrán amenazarlas más creíblemente con luchar por la custodia de los hijos, erosionando una posesión que antes se aseguraba la madre merced a la certeza de que el asunto de la custodia no podía ser usado creíblemente como una amenaza a su fuente real de poder sobre los aspectos domésticos de la relación de pareja (especialmente los hijos), que le garantizaba su especialización histórica como gestora del hogar. Como la madre valora casi siempre mucho más que el padre la custodia de los hijos, acabará estando dispuesta a renunciar a todo (pensión, alimentos, bienes matrimoniales) antes que perder al hijo, hundiendo con ello su posición negociadora. En consecuencia, el legislador ha hecho una cosa que es totalmente superflua, si no hay conflicto entre las partes, y que es inútil, si el conflicto existe. Y además con costes: aumenta los gastos judiciales, crea ocasiones para enconar más las relaciones entre los padres, «stressa» el crecimiento y desarrollo de los hijos y debilita la posición negociadora de la mujer separada o divorciada.* En «La custodia compartida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, 2004.

2 CATALÁN FRÍAS, MJ, «La custodia compartida» en <http://www.padresdivorciados.es>

3 En EEUU, la custodia compartida se comienza a conceder en 1973, en el Estado de Indiana. Actualmente, en casi 30 estados de EEUU se configura como la regla general.

La modificación del Cc y la LEC, fomenta la participación conjunta de ambos cónyuges para la decisión del desarrollo del procedimiento de divorcio y de las relaciones posteriores. Sin embargo, como veremos a continuación, la custodia compartida no solo puede verse reclamada en los procedimientos de mutuo acuerdo sino que también podrá reclamarse por uno de los progenitores en un procedimiento contradictorio. El órgano judicial, conforme a los preceptos de la LEC (770 y 777) deberá adoptar una decisión motivada en la que apruebe el convenio regulador presentado por las partes; o bien, en caso de ser contradictorio, el juez decidirá conforme haya entendido de las pruebas practicadas de oficio o a instancia de parte (contando si fuera necesario con la exploración del menor) y atendiendo a una serie de criterios que el TS marca como posibles indicadores para la adopción de la guarda y custodia compartida o alterna.

II. SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNA

Hemos estudiado que la patria potestad debe entenderse como el conjunto de derechos y obligaciones que los progenitores tienen sobre los hijos menores no emancipados, es decir, la responsabilidad parental.

Define GUILARTE MARTÍN-CALERO, la guarda como⁴:

Aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con hijos menores...Abarca todas las obligaciones que se derivan de la vida diaria y cotidiana de los menores: alimentos, cuidados, vigilancia, atención, educación, formación y, desde luego, responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores en los que intervenga la culpa o negligencia.

No obstante, la guarda y custodia es la atribución del ejercicio de estos derechos en los supuestos en que los progenitores cesan en su convivencia. Lo habitual, salvo los supuestos que hemos estudiado en el capítulo anterior, es que la patria potestad sea de titularidad conjunta puesto que su titularidad no se afecta con el cese de la convivencia.

En cuando a la custodia, existen diferentes modelos en los que se puede distribuir⁵:

4 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil»... op. cit., pág. 136.

5 En este sentido, FOLBERE, señala que existen cuatro tipos de custodia: Exclusiva; partida, repartida y conjunta. En *Join custody and shared parenting*.

1. Monoparental o exclusiva: cuando a uno solo de los progenitores se le atribuye la guarda y custodia (progenitor custodio) y al otro progenitor se le atribuye un régimen de visitas. Este tipo de custodia, que todavía suele ser la más habitual, es otorgada, fundamentalmente a la madre⁶.

2. Dual: cuando la guarda y custodia se les atribuye a ambos progenitores.

A pesar de que la guarda y custodia dual es conocida como la guarda y custodia compartida, lo cierto es que no debe ser entendida como tal, puesto que no existe cotitularidad de la misma⁷ sino una alternancia en el ejercicio de los deberes y derechos que se derivan del cuidado de los hijos.

De este modo, esta modalidad debiera ser denominada custodia alterna ya *que supone la custodia por periodos prefijados con cada uno de los progenitores*⁸.

De este modo, cuando nos encontramos ante este escenario de custodia alterna, veremos que ambos progenitores serán: custodio y no custodio durante el tiempo que dure la alternancia del menor. Esto no es baladí, porque, como a continuación estudiaremos, ambos progenitores tendrán una serie de derechos y deberes reconocidos en cada una de las situaciones.

Es digno de mencionar también una situación poco recomendada, y a la que hicimos alusión en el capítulo anterior, la custodia distributiva. Esto ocurre cuando existen varios hijos en la pareja y se distribuyen. De modo que unos hijos irán con un progenitor y otros con el otro progenitor. Esta custodia no es recomendable para los menores puesto que supone perder el vínculo afectivo con sus hermanos. Así, salvo que las circunstancias del caso concreto lo requieran no será posible la custodia distributiva. Y siempre que se haga el reparto de hermanos, se velará únicamente por el beneficio del interés superior del menor, sin que en ningún caso esta situación responda intereses de los progenitores⁹.

Durante el desarrollo de este trabajo, hemos venido sosteniendo la misma

6 En este sentido refiere CATALÁN FRÍAS que el progenitor no custodio contribuirá al mantenimiento de los hijos con una pensión alimenticia. «La Guarda y custodia compartida»... op. cit.

7 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentarios del Nuevo artículo 92 del Código Civil»... op. cit., pág. 135.

8 BLETRÁN JANÉ, M, «La guardia y custodia compartida en el Código Civil y el Código Civil de Cataluña»... op. cit.

9 Colige el TC a este respecto: *El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia.* (STC 182/2012, de 17 de octubre).

argumentación: ninguna solución es única ni válida para la totalidad de los casos¹⁰. No hay ninguna solución mejor ni peor, siempre habrá que estar a las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, a la estricta observancia del «interés superior del menor» como piedra angular sobre la que debe pivotar la adopción de cualquier tipo de decisión.

1. La justificación de la custodia compartida en España

Muchas asociaciones de padres divorciados, han reclamado por activa y por pasiva la necesidad de que se implantara la custodia alternativa en nuestro derecho de familia¹¹. Algunos padres, principalmente afectados por la custodia exclusiva, se veían desprotegidos frente a madres que les privaban de pasar tiempo con sus hijos. A ello, hay que sumarles las situaciones en las que se provocaba por parte del progenitor custodio, un rechazo del hijo frente al otro progenitor que en algunas ocasiones desembocaba en el diagnóstico del síndrome de alienación parental.

El desarrollo evolutivo y madurativo de los menores, requiere la presencia de ambos progenitores.

La custodia alterna viene a cumplir con el mandato legal del derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores.

No puede argumentarse como única causa de implantación de la custodia alterna la inclusión de la mujer en el ámbito laboral o la implicación de los padres en la educación de los hijos, sino que deben buscarse fundamentos en el normal desarrollo de la personalidad de los menores.

Está claro que todos los padres quieren el mayor bienestar para sus hijos. y está claro, que el marco más aconsejable es cuando los padres conviven juntos. No obstante, la crisis de pareja y la conflictividad familiar, requiere que la pareja ponga fin a la convivencia en algunos casos altamente recomendable. Pero los progenitores, tienen que estar por encima de sus disputas y tan solo velar por la garantía del «interés superior del menor».

Los efectos que en los menores genera la ruptura de sus progenitores pueden ser numerosos: fracaso escolar, problemas de comportamiento; tenden-

¹⁰ En este sentido, WALSTEIN, señala que del estudio realizado con niños sobre la join custody, no hay evidencias de que valga para todos, ni siquiera para la mayoría. En «Join custody and preschool child» en *Behavioral science & the law*, Vol. 104, Spring, 86, pág. 171.

¹¹ Vid. <https://www.padres-separados.es/>

cia a conductas agresivas, etc.¹². Es por ello, que los padres deben contribuir a que todos estos efectos se minimicen de alguna forma¹³. Si los menores ven cómo sus padres discuten en su presencia, puede generarse el sentimiento de culpabilidad que puede atormentar a un menor¹⁴. Sin embargo, si ve que existe un acercamiento entre los progenitores- sin confundirlo y que se crea

12 FAINSILBER KATZ, L; GOTTMAN, J, «Patterns of Marital Conflict Predict Children's Internalizing and Externalizing Behaviors», en *Developmental Psychology*, noviembre 1993, vol. 29. Los autores parecen indicar que la resolución de las disputas de forma enfrentada e irreconciliable, utilizando los insultos y menosprecio a la pareja, parece que afecta de forma negativa en los menores, aumentando así la probabilidad de que desarrollen ansiedad o sean rechazados por la sociedad: *"The present study also examined a negative marital interaction pattern that has been found to predict marital dissolution. Recently reported that marriages headed toward dissolution are characterized by contempt, particularly by the wife. When spouses are contemptuous toward each other, they communicate a sense of superiority and moralistic disapproval through insults, mockery, or attributions of the partner's incompetence. Contemptuous statements are often accompanied by belligerent demands in which the spouse contests his or her partner's statements by trying to provoke a response or get a rise out of the partner. Because both partners usually engage in this negative communication style, we have labeled it a Mutually Hostile pattern of conflict resolution. Given the now substantial body of research indentifying the numerous negative consequences of divorce for children it seemed possible that children may be especially affected by a Mutually Hostile marital pattern because it bodes ill for the long-term prognosis of the stability of the marital relationship"*.

13 No obstante, no podemos olvidar que los efectos asociados a la ruptura de los progenitores, dependerán también de factores relativos a la edad, sexo, madurez del menor como ponía de manifiesto AGUILAR REDORTA, L, «Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor»... op. cit. Pág. 122 y ss. Desde la Asociación PACMAC (Padres y madres en Acción), se quiere enfatizar los problemas que los hijos de padres divorciados pueden acarrear. Se dice así, que muestran niveles altos de ansiedad que se manifiestan en el plano psicofisiológico y motor, mediante molestias físicas como dolor de cabeza o estómago, ganas de llorar, altos niveles de estrés. Vid. PACMAC, nº 0, enero 2010.

14 Pone de relieve GÓMEZ- ORTIZ; MARTÍN; ORTEGA-RUIZ que los conflictos familiares pueden impactar de forma negativa en el desarrollo de sus miembros, sobre todo, cuando los adultos no logran encontrar la funcionalidad positiva de estabilidad y realización personal y hacen de él una fuente de problemas. En «*Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil*» ...op. cit., pág. 68. PIÑEIRO GONZÁLEZ, relaciona directamente, el incremento de las rupturas matrimoniales con el aumento de los casos de psicopatología infantil, siendo la vivencia del conflicto el desencadenante principal, sobre todo, cuando el menor ha vivido un conflicto parental. En «Custodia compartida», en <https://www.mateobuenoabogado.com>.

el fantasma de la reconciliación-, que ambos van a tener la misma respuesta ante una situación y que no juegan a las concesiones materiales para ganar el afecto del menor, este se verá mucho más seguro ante el nuevo contexto en la que se encuentra y se adaptará a ella con una mejor actitud.

Evidentemente, la nueva situación cambiará su modo de vivir, pero el menor tiene que notarlo lo menos posible. Y para ello, la custodia alterna suele ser la mejor opción puesto que menor, tendrá la opción de permanecer con sus dos progenitores y ambos podrán intervenir en el desarrollo de la personalidad del menor. A este respecto manifiesta el TS¹⁵:

“Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”.

Es evidente que no es una tarea fácil. Es cierto que cuando una pareja entra en crisis y en una escalada del conflicto familiar, tratar de hacer lo correcto es muy complicado. Pero es necesario por el bien de los hijos¹⁶.

En este sentido, ambos progenitores tienen que tener asumida la responsabilidad parental, entendida como el conjunto de derechos y obligaciones conferidos a una persona física en relación con un menor, y en articular los derechos de custodia y visita¹⁷.

15 SSTs de 19 de julio de 2013 (RJ 5002); de 2 de julio de 2014 (RJ 4250).

16 Como dice IBÁÑEZ VALVERDE, se pretende que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con los hijos menores, continúa a pesar de que el divorcio. En «El laberinto de la custodia compartida»... op. cit.

17 CASADO CASADO, en relación al Reglamento de la Comunidad Europea, núm. 1347/2000, actualmente reformado por Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que establece: *responsabilidad parental, los derechos y obligaciones conferidos a una persona*

En palabras del TS¹⁸:

Debe existir una “coparentalidad” de modo que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura.

Así, la correcta evolución de los hijos menores, nos lleva a determinar que la custodia alterna debe, cuando pueda ser adoptada, es la solución más efectiva para este fin. Así, señala el TS¹⁹:

“Custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Por otro lado, cuando el órgano judicial²⁰ tenga que tomar la decisión, lo más adecuado es que se otorgue la audiencia al menor de edad (puesto que es un derecho que legamente tiene reconocido) para saber su opinión sobre el respecto. La audiencia al menor, como se ha explicado, se configura como un derecho del menor a ser oído por el órgano judicial. Este derecho, lo tienen reconocido los mayores de 12 años y aquellos menores de 12 cuando tenga suficiente juicio para ello. Es decir, que sean capaces de entender las repercusiones de su declaración.

En definitiva, cualquier decisión se adopte sobre la persona del menor de edad, siempre tiene que ir presidida por la garantía del interés superior del

física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita. En «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial» en *Diario La Ley*, nº 9177, de 13 de abril de 2018.

¹⁸ STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2340).

¹⁹ STS de 30 de octubre de 2014 (RJ 5268).

²⁰ El órgano judicial competente será aquel que conozca del procedimiento de divorcio, en caso de que las decisiones sobre el menor se adopten en el mismo procedimiento. En el caso de que los procesos versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos, el órgano competente será el juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. Si estos vivieran en partidos judiciales diferentes, el tribunal competente será, a elección del demandante: el domicilio del demandado o la residencia del menor, tal y como dispone el artículo 769 LEC.

mismo. Así, parece que la custodia alterna, siempre que sea posible, es la mejor opción para garantizar la reducción de los perjuicios que ocasiona el divorcio en los menores de edad. Con la guarda y custodia alterna, se permite a los padres poder ejercer todos los derechos y deberes inherentes al cuidado diario, durante el tiempo que permanezcan con ellos. Esto redundará en el fortalecimiento de las relaciones entre los progenitores y los hijos menores, afianzando las relaciones paterno-filiales y contribuyendo al desarrollo de la personalidad de los hijos de los menores de edad. En nuestra opinión, las relaciones continuas y el cuidado de ambos progenitores es la mejor opción para los hijos. Estos no deben sufrir las disputas de sus padres, ni sentir las consecuencias negativas del cese de la convivencia. Y no solo en el terreno económico, sino, fundamentalmente, en las relaciones personales²¹. Así, los padres tienen la “obligación” de sobreponerse y estar por encima de sus conflictos de pareja para que, en la medida de lo posible y siempre que sea aconsejable, el menor pueda disfrutar del cuidado de ambos progenitores a través de la fórmula de la custodia alterna.

2. Cuándo procede la custodia compartida

La custodia compartida, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Así, mediante la presente ley se modifica el artículo 92 Cc, introduciendo la posibilidad de la custodia compartida:

“5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico

21 Así lo pone de manifiesto la SAP de Toledo de 26 de noviembre de 2014 (JUR 10029): *Evidentemente cuando hablamos de superior interés del menor, no nos estamos refiriendo tanto a interés económico o material de confort, comodidad etc. sino a interés moral, es decir, como modo de procurar al menor un sistema de guarda que contribuya a su educación y desarrollo integral.*

Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

La custodia alterna, podrá ser consensuada por los padres, en cuyo caso, el órgano judicial, si lo estima necesario, convocará la audiencia del menor, de los miembros del equipo técnico del juzgado, y del MF, procederá a aprobar el convenio regulador donde se regulen todas las cuestiones referidas al desarrollo de esa modalidad de guarda de los hijos menores siempre que no sea contraria al beneficio de los intereses del menor u ocasiones grave perjuicio a alguno de los progenitores.

Debemos partir de la idea de que la guarda y custodia compartida o alterna, encuentra su ubicación ordinaria, en el pacto entre los padres. Es decir, la voluntad de los padres que mediante consenso llegan a esta solución, es el mejor escenario para la guarda y custodia alterna. No obstante, la Ley, prevé otro de los supuestos en los que se puede adoptar la guarda alterna se da en aquellos en que esta es solicitada por una sola de las partes, con oposición del otro. En estos casos, establecía la ley, que el órgano judicial debía contar con el informe favorable del MF para poder concederla. En 2012, el TC declara inconstitucional la necesidad tener informe favorable del MF para otorgar la custodia alterna a los progenitores cuando esta es solicitada por uno solo de ellos o cuando es adoptada de oficio por el propio órgano judicial atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En este contexto se aduce por el TC que no puede supeditarse la función jurisdiccional a un informe favorable de otro órgano.

De las palabras del TC, debe colegirse que el MF tiene un papel fundamental en estos procedimientos, por cuanto, es defensor de los intereses del me-

nor. Y como tal, puede y debe emitir informe sobre la viabilidad de la guarda y custodia alterna en el que se puedan valorar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, si las aptitudes de los progenitores, se adaptan o no a las necesidades de los hijos menores y a este régimen de custodia:

La Fiscalía debe, pues, velar por los derechos de los hijos y, a tal fin, durante el procedimiento puede solicitar las pruebas que tenga por conveniente, asistir a las exploraciones de los menores y, en definitiva, realizar cuantas actuaciones le conduzcan a un conocimiento directo de la situación a fin de ponderar objetivamente las circunstancias concurrentes en cada caso (por ejemplo, relación usual entre padres e hijos, distancia de los domicilios, períodos de alternancia, etc.) y emitir un dictamen fundado sobre la idoneidad de la guarda compartida solicitada.

Sin embargo, no podemos vincular la decisión del órgano judicial al sentido de este informe. Ello, iría en contra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto, este derecho requiere la obtención de una resolución sobre el fondo del asunto proveniente del órgano judicial competente.

De este modo, la STC 185/2012, de 17 de octubre:

En aquellos casos en los que el Ministerio público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial/.../ No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido. Todo lo dicho hasta aquí lleva, a juicio de este Tribunal Constitucional, a afirmar que no sólo la norma cuestionada conculca la función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

En definitiva, la custodia compartida o alterna procederá cuando los progenitores, de mutuo acuerdo, así lo soliciten; o cuando solicitado por una de las partes, en contraposición de la otra, se estime que las circunstancias del caso permiten la adopción de esta modalidad de guarda y custodia. Tras el pronunciamiento del TC, en este segundo supuesto, el informe del MF

existirá, pero no será vinculante para la decisión del órgano judicial sobre la cuestión.

Igualmente, establece el Cc, que cuando el juez adopte la guarda y custodia compartida, deberá tener especial consideración cuando existan hermanos. De forma, que evite su separación. En cualquier caso, la separación de hermanos, como ya tuvimos ocasión de aclarar, se deberá a necesidades puntuales en los casos concretos y siempre que por razones *personales, familiares, educativas etc.*, los hermanos puedan vivir separados, sin que ello suponga que no puedan mantener una relación plena, garantizada mediante el establecimiento de un régimen de visitas conjunto²².

Como dijimos en su momento, las medidas adoptadas en los procedimientos de familia, carecen de efecto de cosa juzgada²³. Esto es: el cambio de las circunstancias por las que se tomó una decisión, puede ser modificada, atendiendo a la nueva realidad²⁴. De este modo, puede suceder que en el momento en que se produjo el cese de la convivencia entre los progenitores de un menor, no existieran motivos para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida, y en un determinado momento, el cambio de realidad, provoque un nuevo escenario más propicio para esta modalidad de custodia. En estos casos, podrá solicitarse, de mutuo acuerdo o no, la guarda compartida. En la medida en que se compruebe que la nueva situación es apta para la protección del «interés superior del menor».

22 STS de 25 de septiembre de 2015 (RJ 4028). En este pronunciamiento, el TS entiende que: *nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor: solución positiva adoptada como mal menor acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que fielmente ejecutado impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos.*

23 A este respecto MONTERO AROCA establece que los pronunciamientos sobre las medidas definitivas contenidos en las sentencias matrimoniales producen efectos de cosa juzgada. En *Guarda y custodia de los hijos. (la aplicación práctica del artículo 92 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 227-229.

24 Al respecto señala la STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 924): “Más en concreto señala que el régimen fue acordado así de común acuerdo por los cónyuges, habiendo transcurrido cerca de dos años desde el mismo, sin que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento, ya que las políticas conciliadoras de la empresa en la que trabaja el recurrente a partir del año 2012 no pueden ser consideradas como una alteración sustancial de las circunstancias preexistentes. Destaca que los menores se encuentran adaptados al régimen convenido por sus padres, sin que estos manifiesten deseos de cambio, como así lo pone de relieve el informe del equipo psicosocial”.

No procederá en ningún caso la custodia compartida cuando, en el seno de la relación, se entiende que hayan podido existir episodios de violencia de género. Esto se justifica en el derecho del menor a crecer en entorno libre de violencia, tal y como establece la Ley de Protección Jurídica del Menor²⁵.

En este sentido, refiere el TS que la custodia compartida se debe llevar a cabo en un marco de respeto mutuo entre los progenitores (no es necesario un buena relación²⁶). Y es evidente que en aquellos casos en que existe indicios de violencia de género²⁷ o una situación de dominación de uno sobre el otro, no sería posible su adopción²⁸:

La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

La custodia compartida es la mejor opción, pero no la podemos considerar una verdad absoluta. Me explico: no hay una única solución viable, posible

25 Artículo 2. c): La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

26 Como indica el TS: *Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.* (STS de 11 de febrero de 2016 (RJ 248)). La SAP de Toledo de 26 de noviembre de 2014 (JUR 10029), dispone que: *la situación de enfrentamiento entre los progenitores, como vimos solo se convierte en relevante cuando afecte, perjudicándolo, el interés del menor.* En sentido contrario, se pronuncia GUILARTE MARTÍN-CALERO que determina que la custodia compartida alterna debería a relación entre los padres haya llegado a un deterioro sin paliativos, deberá prescindirse de este sistema, pero teniendo muy en cuenta que precisamente en aquellos casos deberá garantizarse el régimen de comunicación y estancia y otorgar la guarda al progenitor “menos envenenado” con la ruptura, a fin de evitar la pérdida de la figura del no custodio. «La custodia compartida alternativa» en Indret, núm. 2/2008, pág. 18 (<http://www.indret.com>).

27 Téngase en cuenta que el artículo 92.7 Cc no exige una sentencia de condena, sino tan solo la existencia de un procedimiento penal abierto por dicha causa. Así lo dictamina la AP de Guadalajara de 22 de julio de 2016 (JUR 208348).

28 Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO que Parece, pues, más que evidente que, en estos casos, el régimen de guarda compartida alternativa está más que proscrito, y no por la exclusión del párrafo séptimo del artículo 92, sino por la naturaleza misma de las cosas. En «La custodia compartida alternativa»... op. cit., pág. 17.

y más idónea para la totalidad de los casos. Depende de muchos factores. Entre ellos, las aptitudes y actitudes de los progenitores frente a sus hijos menores. Es por ello, que el órgano judicial podrá recabar los informes que estime necesarios para llegar a la decisión que estime más acertada y fundada. Igualmente, estos informes podrán ser solicitados por las partes al efecto de sustentar su petición²⁹.

3. Evolución de la custodia compartida en España en cifras

Tradicionalmente, en caso de ruptura de la pareja, la custodia de los hijos menores, en la mayor parte de los casos era otorgada a la madre puesto que a ella “competía” el cuidado de sus hijos. A ellos hay que sumar que en los procedimientos de divorcio con hijos menores, conseguir la custodia de estos era una forma de considerarse “ganadora”³⁰. Así, no se prestaba tanta atención a los intereses de los menores de edad. En el siguiente gráfico podemos ver la panorámica de los divorcios en España con hijos menores en un periodo comprendido entre 2009-2016:

29 Vid. STS de 7 de abril de 2011 (RJ 3152), señala la necesidad de fundamental la adopción de la custodia compartida cuando no hay conveniencia por los padres: “*En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC . En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor.* SAP de Cuenca de 4 de abril de 2014 (JUR 126443) en relación a la posibilidad de que estos informes sean solicitados de oficio.

30 A sensu contrario, reflejan las SSTs de 11 de marzo de 2010 (RJ 2340) ; de 7 de julio de 2011 ; de 21 de febrero de 2011 (RJ 2362) , de 10 de enero de 2012 (RJ 2012, 3642), como: “*el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda.*”

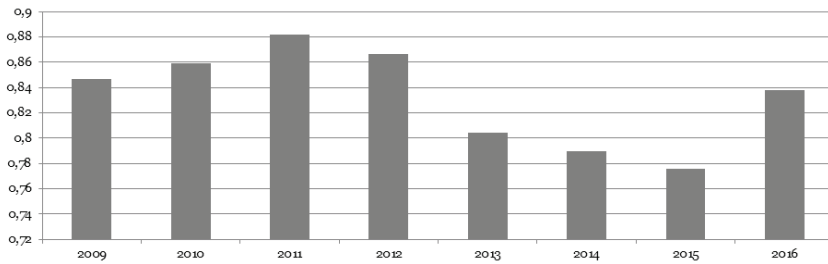


Gráfico 7. Número de divorcios con hijos.

En realidad es una cuestión cultural sustentada en el sistema patriarcal. Los padres que se divorciaban, la madre que es “premiada” con la custodia de los hijos menores y los padres castigados con un régimen de visitas que se centraba, fundamentalmente, en un fin de semana alterno con o sin pernocta y algunos días en las vacaciones escolares. En realidad, el padre pasaba a un segundo plano en la vida del hijo menor y prácticamente, con el paso del tiempo se llegaba a convertir en un extraño con el que tenía que pasar algo de tiempo. Ante esta situación, conforme el hijo crecía y se hacía con su propio entorno social, le molestaba más ir con su padre fines de semana alternos. Lo que provocaba que la presencia del padre en la vida del hijo fuera casi invisible.

Hemos mencionado que el cambio de la realidad social, hace que los padres, asuman la responsabilidad del cuidado y educación de los hijos con el mismo protagonismo que lo hace la madre. Es cierto que todavía queda mucho camino por recorrer pero, con las políticas de igualdad y el compromiso de las instituciones públicas, parece que conseguiremos la anhelada igualdad.

Y en esta igualdad, en caso de cese de la convivencia de los progenitores, se puede sustentar la protección del interés de los menores y la contribución a un desarrollo integral de la personalidad de los mismo.

La reforma en el derecho de familia que se ha producido en nuestro país, ha supuesto un paso agigantado con respecto a la situación anterior. No solo porque en muchas ocasiones adquiere especial relevancia la custodia compartida, sino, además, porque en caso de adoptarse la custodia exclusiva se permite un régimen de estancia y comunicación muy amplio, lo que permite que los hijos menores puedan disfrutar del progenitor no custodio y que este pueda ejercer sus derechos y deberes inherentes a la filiación. Y todo ello, en beneficio del menor y con la máxima garantía de su interés superior.

Volviendo al objeto principal de este capítulo, la custodia compartida o alterna, se le sigue tratando como una medida excepcional a la que pocos progenitores e hijos tienen la suerte de acceder. En este sentido, el TS establece que lo propuesto en el artículo 92 CC:

No se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea³¹.

Sin embargo, en España, todavía parece que cuesta entender que los menores tienen el derecho de estar con sus dos progenitores y que la comunicación y desarrollo con ellos podrá contribuir al integral y normal desarrollo del menor. De este modo la tendencia de los padres es la solicitud de la custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores –siendo la tendencia a otorgarla a la madre– dando al otro progenitor un régimen de estancia y comunicación que le permita el contacto continuo con el hijo, de forma que la no convivencia no tenga un efecto negativo en el desarrollo del menor y no destruya los lazos paterno-filiales convirtiéndolo en una relación meramente protocolaria³².

En la siguiente tabla, podemos ver la evolución de la custodia en caso divorcio con hijos menores. Hemos tomado como muestra un rango de años en

31 STS de 25 de abril de 2014 (RJ 2551).

32 Así lo determina el TS en Sentencia de 19 de julio de 2013 (RJ5002): *exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel*. La SAP de Tenerife de 28 de abril de 2005 (JUR 164160), señala sobre la relación del menor con el progenitor no custodio: *En relación a la guarda y custodia compartida que solicita la parte apelante, debe señalarse que régimen usual de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño. Su convivencia continuada con solo uno de ellos provoca que tome a este como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor*.

los que ya se había producido la modificación de la ley y por tanto ya cabía la posibilidad de que se pudiera determinar la custodia compartida (solicitada por ambos progenitores o por uno solo). Sin embargo, la tendencia sigue siendo otorgar a la madre la custodia. En las siguientes tablas, elaboradas a partir de los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial, podemos comprobar la evolución del número total de custodias, de las otorgadas al padre, a la madre o de las compartidas:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total nacional	98.207	102.690	103.290	103.854	94.885	99.882	95.685	95.501
Andalucía	17.475	18.338	18.210	19.044	16.408	17.267	16.913	16.779
Aragón	2.315	2.341	2.366	2.326	2.143	2.374	2.835	2.361
Asturias	2.638	2.539	2.576	2.467	2.215	2.438	2.238	2.234
Baleares	2.592	2.681	2.757	2.687	2.376	2.367	2.386	2.325
Canarias	5.655	5.469	5.804	5.713	6.083	5.331	4.961	4.908
Cantabria	1.251	1.297	1.289	1.379	1.145	1.232	1.297	1.156
Castilla y León	4.023	4.079	4.164	4.087	3.931	4.121	3.858	3.899
Castilla - La Mancha	3.134	3.505	3.497	3.993	3.305	3.481	3.921	3.603
Cataluña	18.105	19.488	18.531	18.712	17.565	18.515	17.794	17.609
Comunidad Valenciana	11.725	12.087	12.933	12.057	11.376	11.687	10.703	11.762
Extremadura	1.667	1.743	1.699	1.831	1.462	1.860	1.837	1.777
Galicia	5.433	5.659	5.705	5.848	5.273	5.643	5.477	5.288
Madrid	13.410	14.412	14.501	14.510	13.198	14.410	13.019	12.914
Murcia	2.869	2.998	3.035	3.167	2.813	2.949	2.722	2.921
Navarra	1.071	1.164	1.134	1.183	1.048	1.261	1.110	1.143
País Vasco	3.894	3.962	4.113	3.851	3.553	3.853	3.853	3.811
La Rioja	576	565	595	611	597	708	570	626
Ceuta	171	200	180	203	215	210	..	215
Melilla	203	163	201	183	181	175	190	168

Datos totales de la evolución de custodias en España.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total nacional	2.918	3.076	2.961	5.384	2.804	2.838	2.586	2.562
Andalucía	441	529	465	921	408	403	404	382
Aragón	75	90	85	116	55	49	69	47
Asturias	82	57	88	103	69	67	50	73
Baleares	87	75	70	185	61	54	46	36
Canarias	153	145	150	295	186	148	153	122
Cantabria	43	33	38	72	30	24	31	30
Castilla y León	119	150	127	190	99	168	136	113
Castilla - La Mancha	83	128	87	241	102	101	124	104
Cataluña	574	499	526	1.081	708	689	590	497
Comunidad Valenciana	330	344	386	572	295	248	242	359
Extremadura	64	61	44	101	38	60	53	62
Galicia	188	236	200	316	171	204	182	201
Madrid	419	447	344	673	356	338	303	293
Murcia	97	80	68	203	83	62	67	93
Navarra	25	36	43	74	19	45	20	46
País Vasco	119	134	148	203	91	115	99	89
La Rioja	10	20	14	24	14	24	16	5
Ceuta	0	12	73	3	9	26	..	0
Melilla	9	0	5	8	9	13	0	11

Datos totales de la evolución de custodias otorgadas al padre en España.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total nacional	44.048	45.284	44.887	41.564	38.360	39.116	35.387	33.522
Andalucía	8.733	9.060	9.131	9.081	7.888	8.407	7.459	7.340
Aragón	961	928	887	798	745	804	900	739
Asturias	1.044	929	929	908	820	921	774	796
Baleares	1.086	1.059	1.060	817	787	756	682	569
Canarias	2.596	2.465	2.521	2.184	2.383	2.046	1.843	1.680
Cantabria	555	553	571	575	478	505	497	412
Castilla y León	1.774	1.741	1.756	1.766	1.689	1.624	1.518	1.444
Castilla - La Mancha	1.534	1.727	1.775	1.880	1.565	1.626	1.788	1.550
Cataluña	7.573	7.970	7.142	6.155	5.729	5.582	4.934	4.726
Comunidad Valenciana	5.317	5.525	5.540	4.646	4.393	4.189	3.524	3.411
Extremadura	857	943	840	847	753	917	940	802
Galicia	2.358	2.357	2.444	2.310	2.245	2.337	2.129	1.990
Madrid	5.534	5.954	6.135	5.769	5.175	5.471	4.864	4.626
Murcia	1.530	1.521	1.558	1.570	1.432	1.460	1.376	1.446
Navarra	459	468	475	440	410	491	442	361
País Vasco	1.688	1.714	1.716	1.471	1.452	1.490	1.430	1.292
La Rioja	224	238	238	257	261	273	211	198
Ceuta	127	77	85	56	91	115	..	75
Melilla	98	55	84	36	65	100	75	62

Datos totales de la evolución de custodias otorgadas a la madre en España.

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total nacional	5.046	5.695	6.729	8.079	9.032	11.401	12.469	14.377
Andalucía	864	673	761	756	920	1.082	1.482	1.605
Aragón	118	174	234	309	330	417	501	495
Asturias	115	146	154	141	151	188	201	246
Baleares	166	254	260	282	301	384	456	506
Canarias	221	229	270	344	410	416	424	491
Cantabria	30	44	58	68	54	125	145	157
Castilla y León	176	191	213	209	239	340	336	394
Castilla - La Mancha	151	99	141	207	219	313	410	457
Cataluña	1.333	1.696	2.014	2.634	2.715	3.407	3.780	3.855
Comunidad Valenciana	582	588	949	1.219	1.626	2.022	2.116	2.729
Extremadura	55	47	64	87	64	116	92	137
Galicia	188	189	252	284	269	346	432	466
Madrid	687	895	874	938	1.096	1.354	1.078	1.533
Murcia	87	112	133	110	131	173	226	227
Navarra	72	117	60	73	81	122	167	211
País Vasco	133	174	250	273	327	489	535	722
La Rioja	55	40	19	44	52	84	69	103
Ceuta	0	3	0	15	9	10	..	30
Melilla	13	24	23	88	39	13	20	15

Datos totales de la evolución de custodias compartidas en España.

Como se puede observar, la preferencia de la titularidad de la custodia sigue siendo la madre. Sin embargo, a pesar de que en la gran mayoría de los casos la madre sigue siendo la depositaria de la custodia podemos ver cómo desde 2009, el número de custodias compartidas ha ido aumentando progresivamente. En el siguiente gráfico podemos observar dicha progresión³³.

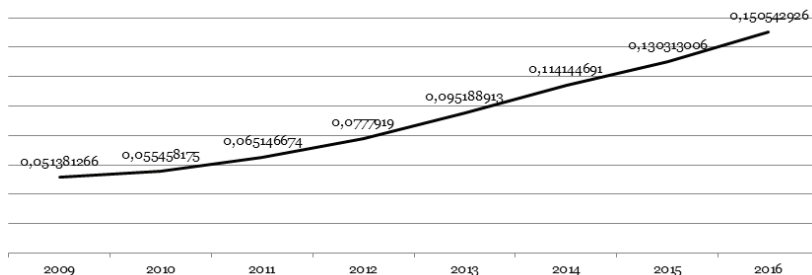


Gráfico 8. Progresión de las custodias compartidas en España.

En conclusión, todavía queda mucho trabajo por hacer para que se revierta la situación y la adopción de la guarda y custodia compartida o alterna sea la regla general. El aumento progresivo que reflejan los datos muestra el fomento de la custodia compartida. De este modo, este aumento progresivo puede considerarse como la tendencia de los tribunales, que en beneficio del menor, y siempre que las circunstancias del caso lo permitan, conceder el cuidado de los menores a ambos progenitores.

4. Criterios para la determinación de la custodia compartida

La atribución de la custodia compartida sigue siendo un enigma para los tribunales. Ni la LEC ni el Cc reflejan los criterios para determinar si se debe otorgar o no la custodia alterna. Tan solo nos deja claro que en caso de la existencia de un procedimiento penal en marcha sobre el padre por actos violentos contra la madre, no será posible el establecimiento de esta modalidad de custodia.

A nadie se le escapa que la falta de criterios para su determinación puede provocar cierta incertidumbre e inseguridad jurídica, en tanto en cuanto, las partes no pueden prever de la ley, cual será la decisión que adopte el órgano judicial.

33 Elaboración propia a partir de los datos publicados por el CGPJ.

Evidentemente, en aquellos casos en que se presenta un convenio regulador, es mucho más fácil presumir la respuesta puesto que de no perjudicar el interés de los menores ni perjudicar gravemente a ninguna de las partes, el convenio regulador, presumiblemente, será aprobado por el órgano judicial sin objeción.

Como veremos a continuación las algunas leyes autonómicas sí que han fijado una serie de criterios para estimar la posibilidad de la procedencia de la custodia alterna en los casos concretos.

El TS se ha hecho eco de estos criterios y los ha asumido como suyos para así determinar la formalización o no de la custodia compartida.

Ante todo, debe tenerse presente que la custodia alterna es la fórmula más beneficiosa para los intereses del menor, es decir, para el desarrollo armónico y estable del menor. De esta forma, teniendo en cuenta que el criterio principal tiene que ser el favorecimiento del *favor fili*, el TS señala que los criterios que se pueden tener en cuenta para la adopción de la custodia compartida cuando esta ha sido solicitada por ambos progenitores o solo ha sido pedida por uno de ellos, son³⁴:

34 SSTS de 29 de abril de 2013 (RJ 3269); de 25 de abril de 2014 (RJ 2651); de 11 de febrero de 2016 (RJ 249); de 19 de febrero de 2016 (RJ 924). La SPA de 22 de julio de 2009 (JUR 22277) ha establecido al respecto de los criterios para determinar la custodia compartida lo siguiente: *la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.* ; «En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital del menor, que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, al pretenderse en la contestación a la demanda períodos alternativos de cursos escolares, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida».

Criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

A. Aptitudes personales de los progenitores

El órgano judicial a la hora de determinar la guarda y custodia compartida, tiene que tener en cuenta las capacidades de los progenitores para el eficaz cuidado de los hijos menores a su cargo. Solo cuando el órgano judicial entienda que los progenitores tienen esta capacidad, podrá conceder la custodia compartida.

En principio, la aptitud está íntimamente relacionada con las relaciones de los progenitores con los hijos. Es por ello, que en caso de violencia doméstica, comportamientos agresivos, alcoholismo o cualquier adición que le prive de la plenitud de las capacidades cognitivas, el progenitor no puede quedar al cargo del hijo³⁵.

Evidentemente cuando los padres sufren algún tipo de enfermedad men-

35 La SAP de Madrid de 6 de julio de 2001 (JUR. 239914), concede a la madre la custodia de la hija, puesto que refiere el tribunal que el padre, está relativamente capacitado para el cuidado de la menor pero si no entra en un programa de atención especializada irá aumentando su inestabilidad debido al síndrome de alcoholismo que presenta. La AP de Valladolid de 9 de abril de 2001 (JUR 171870) señala un caso en el que la madre por sus adiciones no estaba capacitada para el cuidado de los menores: *Tanto la confesión judicial del Sr. A. A. –llevada a cabo en esta segunda instancia–, como la audiencia judicial practicada en la primera instancia a los hijos del matrimonio, como el verdaderamente demoledor informe pericial del equipo psicosocial del Juzgado de Familia, como la constatación documentada de que dictada la sentencia de instancia la Junta de Castilla y León a través de su Gerencia Territorial de Servicios Sociales haya tenido que asumir temporalmente la guarda de los menores Julio, Ana M^a y Carlos mientras se desarrollaban labores de limpieza y desinfección de la vivienda familiar, ponen de manifiesto lo acertado de la decisión judicial al entender que la mejor alternativa de custodia para los hijos del matrimonio se encuentra en el padre, dadas las circunstancias que han venido concurriendo en D^a M^a Cruz –adicciones al alcoholismo y ludopatías– que no se acredita suficientemente hayan sido superadas y su abandono de los roles maternos. Confirmada la decisión de mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos en el padre, resulta obvio que tampoco pueden ser estimadas las restantes peticiones del recurso al venir directamente relacionadas con la primera de las medidas interesadas por la apelante.*

tal o discapacidad física que le prohíba el desarrollo del cuidado del hijo, lo más aconsejable, por el bien del menor, es no otorgar la custodia compartida.

Dentro de este criterio debemos tener en cuenta la relación entre los progenitores. Establece el TS³⁶:

El hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia que, sin duda, podría darse, pero que no es el caso. Para que esta tensa situación aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial.

No obstante, hay que tener en cuenta que los criterios que deben concurrir para la determinación de la custodia compartida, no pueden observarse de forma individual. Es decir, como señala la Jurisprudencia³⁷:

Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor».

En este sentido, las relaciones hostiles entre los progenitores reducirán las posibilidades de custodia alterna o compartida. La custodia compartida, requiere un esfuerzo de ambos progenitores para tener una relación de respeto por el bien de sus hijos menores. En este sentido establece el TS³⁸:

36 SSTS de 12 de mayo de 2017 (RJ 2053); de 17 de julio de 2015 (RJ 2784); de 27 de junio de 2016 (RJ 3717).

37 STS de 22 de julio de 2011 (RJ 5676).

38 SSTS de 30 de octubre de 2014 (RJ 5268). La SAP de Asturias de 20 de octubre de 2014 (JUS 5669) ha establecido: *No se trata por tanto de que ambos progenitores hayan asumido su respectiva responsabilidad en la crisis de la pareja, ni siquiera de que sus relaciones personales estén presididas por la cordialidad, pero sí que uno y otro hayan demostrado saber diferenciar el conflicto personal de la relación paterno filial y que afronten esta última en un plano de colaboración, de modo que, proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo, creen un marco referencial único para este apartándole de las tensiones que de ordinario surgen en las situaciones de conflicto matrimonial; en definitiva la guarda y custodia compartida exige que se constate la compatibilidad y complementariedad educativa de los padres y su capacidad para no trasladar a los menores sus diferencias personales pues solo así podrá compensarse la disfunción o alteración del marco vital que para los hijos supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, o el simple cambio en los hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica; caso contrario la medida controvertida*

La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Es más, el TS no exige que exista un acuerdo sin fisuras sino que los progenitores tengan un comportamiento respetuoso, una actitud razonable en orden al desarrollo del menor³⁹.

La existencia de hijos conlleva una gran responsabilidad que deben asumir ambos progenitores. Cuando hay convivencia, esto parece fácil puesto que las carencias de uno puede suplirlas el otro. Pero en caso de conflicto entre los progenitores, esas carencias, ya existentes, se enfatizan. La disparidad de criterios en determinadas cuestiones es un foco de conflicto y la falta de diálogo, puede aumentarlo desmesuradamente. Es por ello, que la custodia alterna requiere que los padres dialoguen e intenten llegar a un entendimiento por el bien de los hijos menores⁴⁰.

puede ser una fuente adicional de discordia que, por mucho que mitigue la sensación de pérdida, a la postre desvirtuará por completo el objetivo con que se instauró.

39 STS de 16 de febrero de 2015 (RJ 564).

40 Es digno de mención, el decálogo que establece la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gijón de 22 de junio de 2010 en el que se establecía que para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor; se aconseja a los progenitores el cumplimiento del siguiente decálogo: 1. *Nunca desacredite a su ex-cónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten “parte de su mamá” y “parte de su papá”, con lo que la crítica puede dañar su autoestima.* 2. *No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.* 3. *Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.* 4. *Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su ex-cónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.* 5. *En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a si mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por los que no debe incluirlos en ninguna negociación.* 6. *Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su “corresponsal” en la casa de su ex-cónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.* 7. *Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.* 8. *Cumpla con sus obligaciones económicas, “alimentos” de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar*

B. Deseos manifestados por los menores

Desde la modificación del derecho de familia y de la ley de Protección Jurídica del Menor, este tiene el derecho a ser oído por el órgano judicial cuando tenga que resolver cuestiones que a ellos afecten, como es el caso de la guarda y custodia.

En los procedimientos contenciosos, el menor que tenga suficiente juicio y, en todo caso, el mayor de 12 años, declarará sobre su relación con los padres. Esta exploración puede debe hacerse en presencia del equipo técnico para intentar sea lo menos dramática para el menor.

Como ya tuvimos ocasión de decir, los deseos del menor deben ser tenidos en cuenta para adoptar la decisión pero no debe ser el único. La decisión del órgano judicial tiene que sustentarse en más criterios además del deseo de los menores.

En este sentido, deberá observarse que el deseo del menor de convivir con uno de los progenitores no conlleva ningún perjuicio para el mismo⁴¹.

Desde otro punto de vista, cabe preguntarse si la voluntad el menor puede conllevar a la modificación del régimen adoptado en relación a su guarda y custodia. Como hemos expuesto, la intervención del menor en los procedimientos de familia, cuando se adoptan medidas que a ellos les afecten, tienen el derecho a ser explorados judicialmente. De esta forma, cuando se insta un procedimiento de modificación de medidas conforme al artículo 775 LEC cuando se hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas judicialmente, conforme el terno literal del precepto mencionado. En este sentido, los deseos del menor serán tenidos en cuenta. Esta afirmación hay que tomarla de forma relativa⁴². Es decir, la declaración del menor será tomada en cuenta siempre y cuando las circunstancias de los progenitores hayan cambiado sustancialmente y

una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida. 9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los “alimentos” por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles. 10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

41 SAP de Orense de 13 de diciembre de 2002 (RJ 1960).

42 A este respecto, señala MONTERO AROCA que la opinión expresada por el menor no puede vincular, por sí sola, al juez a la hora de decidir sobre la medida atinente a la guarda y custodia. En *Guarda y custodia de los hijos...* op. cit., pág. 213-214.

se entienda que no son las idóneas para cubrir las necesidades de los hijos menores⁴³.

C. Número de hijos

Tuvimos ocasión de mencionar una modalidad de custodia, la distributiva. Bajo esta modalidad se otorga la custodia repartida de los hijos, de forma, que se procede a la separación de hermanos. El Cc, prevé que en la medida de lo posible esto no se lleve al efecto por los perjuicios que puede ocasionar en los menores. Así, tan solo bajo causas justificadas de comportamiento, enfermedad y siempre que se entienda que las relaciones entre hermanos no se perjudicarán, se podrá proceder a la custodia distributiva.

D. Cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos

Es mandato legal que los progenitores deben velar por los hijos menores. De este modo, conforme al artículo 154 Cc, los progenitores deben velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En este sentido, habrá que considerar la implicación que los progenitores tenían en el cuidado de los hijos antes de la ruptura. Se exige por la jurisprudencia que la implicación entre los progenitores fuera, al menos, parecida, valorando en todo momento, la conciliación laboral y familiar⁴⁴:

Una guarda compartida para que funcione correctamente debe ser algo que, de hecho, viniese funcionando anteriormente a la crisis matrimonial, esto es, que los padres ya tuviesen una implicación directa y comprometida con sus hijos y ambos participasen, no necesariamente al 50 % pero sí con un alto grado de compromiso con los menores, en todas las actividades y decisiones relativas a los mismos. Ya anteriormente a la separación existía una implicación de ambos en el cuidado y atención de los menores, sin perjuicio que, por motivos laborales al trabajar en la ciudad de Murcia, el padre estuviese menos tiempo.

43 ROMERO COLOMA, AM, «La modificación del régimen de guarda y custodia por voluntad del hijo», en *Diario La Ley*, nº 7600, de 30 de marzo de 2011. Aunque se tendrá que comprobar que la declaración efectuada por el menor no responde a un simple capricho o tenga algún ánimo espurio o vengativo ante la negativa del progenitor por alguna cuestión.

44 SAP de Murcia de 22 de junio de 2012 (AC 529).

De esta forma, hay que tener en cuenta la disponibilidad de los progenitores a hacerse cargo de los menores el tiempo que estén bajo su custodia⁴⁵.

La jurisprudencia ha señalado que⁴⁶:

Aunque lo deseable para que la custodia compartida pueda funcionar adecuadamente es que la disponibilidad horaria de los progenitores para el cuidado de sus hijos sea total o, al menos, semejante entre sí, no puede considerarse como razón para excluir necesariamente la custodia compartida el hecho de que uno o los dos progenitores necesiten la ayuda de familiares o allegados o, incluso, de terceros para poder cumplir adecuadamente con las obligaciones de cuidado de los menores que resulten del concreto régimen dispuesto, sin perjuicio de que esa necesidad y el alcance de la ayuda deban ser ponderados razonablemente a la luz del interés superior del menor para determinar si constituye o no una circunstancia objetiva que impida sustancialmente cumplir con los fines del régimen dispuesto.

45 STSJ de Aragón de 15 de diciembre de 2012 (RJ 55), señala: “ *No se ha demostrado en el proceso una ocupación principal y directa por el padre en el cuidado y atención cotidianos del hijo desde su nacimiento. Sus necesidades ordinarias y diarias han sido satisfechas directamente por la madre, dado que su trabajo le permite mayor disponibilidad al dejarle todas las tardes libres. La ocupación laboral del padre ha sido su principal dedicación durante el matrimonio. En el caso que nos ocupa, el padre ha adquirido un piso muy cercano al domicilio familiar, dónde reside el menor con la madre, viviendo, transitoriamente, hasta su rehabilitación, en el de sus padres, muy próximo también al anterior, lo que facilita la continuidad y asiduidad en las relaciones con su hijo. Como bien señala el Juzgador de instancia, la dedicación laboral del padre, Director Comercial de una empresa, no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño, máxime si se tienen en cuenta los periódicos viajes anuales, preferentemente al extranjero, que realiza para la empresa para la que trabaja y su horario laboral aleatorio que le ocupa incluso fines de semana. En estas condiciones delegar el cuidado del hijo en los abuelos paternos, aún tratándose de períodos cortos de tiempo, no se revela como la mejor alternativa para el menor, de manera que la guarda y custodia compartida propuesta no se estima la más conveniente, en este caso, atendiendo al prioritario interés del hijo, cuya dinámica habitual de vida no debe verse alterada innecesariamente, dado que existe, por otro lado, un amplio sistema de visitas a disfrutar con el padre.* ”

46 STAJ Cataluña de 6 de febrero de 2017 (RJ 1597). No obstante, esto no es una cuestión pacífica en la doctrina jurisprudencial como la STSJ Aragón de 2 de octubre de 2015 (RJ 4641) y determina que *la negación de la custodia compartida no proviene de la indisponibilidad horario de uno de los progenitores, ni de la ayuda que necesitaría para cubrirla sino: La resolución no trata de manera desigual a ambos progenitores, sino que parte de un criterio objetivo y razonable que justifica su decisión, basado en el interés de los menores: la desigual implicación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos.*

Igualmente, habrá que atender a la posibilidad de alimentarlos y proporcionar el hogar idóneo para el desarrollo de las actividades propias a la custodia. En este sentido, dispone el TS⁴⁷:

Será el que propicie una mayor estabilidad a los menores, pues su madre, por trabajo, tiene mayor disponibilidad horaria, sin depender tanto de terceros, en relación a la atención y cuidado de los hijos. A ello se une, lo que no sucede con la madre, que cuando el padre tiene a sus hijos vive en el domicilio de sus padres, abuelos de los menores, y tiene que compartir dormitorio con ellos. De ahí que se infiera que los menores, que tienen presente al padre en sus vidas, tengan una vida más normalizada en casa de su madre.

E. Cualquier otra

El Cc no ofrece ningún criterio para la determinación de la guarda y custodia compartida. Ha sido el TS⁴⁸ tomando como referencia el derecho comparado y las legislaciones autonómicas, el que ha señalado una serie de criterios a tener en cuenta siempre en beneficio del interés superior del menor. De este modo, se deja abierta la posibilidad de añadir otros criterios que puedan influir en la decisión de la custodia compartida.

a) Distancia entre domicilios

La distancia entre los domicilios es un factor determinante para la concesión o denegación de la custodia compartida o alterna. Recuérdese que el menor, tendrá que alternar la convivencia con ambos progenitores durante el año. La distancia entre domicilios, puede provocar una desintegración del menor en el terreno emocional y un desapego a las relaciones sociales.

Es por ello, cuando el régimen adoptado es que es el menor el que cambia de domicilio y estos estén sitios en municipios diferentes, lo más apropiado para los intereses del menor es que se deniegue.

En sentido contrario, señala GUILARTE MARTÍN-CALERO⁴⁹:

La proximidad de los domicilios implica el mantenimiento de puntos de referencia tales como el colegio, acaso de la ruta escolar, del círculo de amistades del menor, pediatra, canguro, actividades extra-escolares.

A sensu contrario, y junto con otro factor fundamental como la carencia

⁴⁷ STS de 6 de abril de 2018 (RJ 1430).

⁴⁸ Vid. STS de 8 de octubre de 2009 (RJ 4606).

⁴⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Criterios de atribución de la custodia compartida» en *Indret.*, núm. 3/2010 (<http://www.indret.com>).

de la madre de las habilidades necesarias para el cuidado de sus hijos, señala la Jurisprudencia⁵⁰:

Domicilios en distintas localidades y no cercanas entre sí, no puede estar trasladándose a la menor cada pocos días, o aún varios meses, como propone subsidiariamente el demandante durante el curso escolar, pues ello implicaría que cada año que transcurra en su vida, cambie el colegio, los amigos, los vecinos....; la mera lógica y sin necesidad de utilizar la psicología nos dice que ello es perjudicial para un menor.

En el mismo supuesto estaríamos en caso de que los padres residieran en estados diferentes. El menor, no puede sufrir ese desapego y trastorno durante el curso académico. En estos casos, lo más lógico parece determinar un régimen de visitas amplio que permita desarrollar una relación paterno-filial siempre y cuando esté habilitado para el correcto cuidado del menor.

Lógicamente, la situación decidida en primera instancia, puede ser modificada si se estima que las circunstancias por las que se adoptaron, sufren una modificación sustancial. En relación al cambio de domicilio, señala RABADÁN para que pueda modificarse el régimen de custodia compartida por traslado de domicilio, es necesario que esta alteración perjudique al menor por no poder disfrutar de su entorno familiar, escolar y social como hasta el momento del traslado⁵¹.

En definitiva, la distancia próxima entre domicilios junto con la concurrencia de otros presupuestos favorables para el desarrollo emocional e integral de los menores y si además, es el deseo de los hijos, son fundamentales para la estimación de procedencia de la custodia compartida.

b) Edad del menor

La edad del menor, es un aspecto que puede afectar a la concesión temporal de la custodia compartida. Me explico: hay edades en que el apego con la madre resulta fundamental y separar al menor por mucho tiempo de ella, resulta perjudicial para su correcto desarrollo. Estos casos son por ejemplo, la situación que le ocurre a los lactantes⁵².

Ahora bien, puesto que la custodia compartida garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inhe-

⁵⁰ SAP de Jaén de 2 de octubre de 2014 (RJ 2095).

⁵¹ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F, *Ejercicio de la patria potestad cuando...* op. cit., pág. 124.

⁵² SAP de Castellón de 20 de marzo de 2015 (JUR 124020).

rentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos⁵³, esta situación no debe considerarse como definitiva. Puesto que a medida que el hijo crezca, la cercanía con el otro progenitor deberá ir en aumento hasta llegar a la situación de custodia compartida⁵⁴.

En definitiva: *la edad el menor tiene que ser la suficiente como para gozar de un cierto grado de madurez que les permita comprender, asimilar y aceptar con naturalidad la situación en que se encuentran, sin que se produzcan situaciones de inestabilidad emocional, confusión o desorden etc.*⁵⁵

c) Disparidad de criterios a la hora de la educación

Otro de los factores que puede influir en la estabilidad emocional del menor y, por ende, en la atribución de la custodia compartida, es la disparidad en el patrón educacional. Es decir, cuanto más parecido sea el modo de educar de los progenitores, más fácil será el tránsito de un domicilio a otro por el menor⁵⁶.

Es evidente que este es un criterio a tener en cuenta para que los tribunales otorguen la custodia compartida,⁵⁷ pero no será ni el único ni el determinan-

⁵³ STS de 4 de abril de 2018 (RJ 1182).

⁵⁴ En este sentido, el TS casó y anuló una sentencia en la que se establecía la custodia exclusiva de la madre bajo el alegato de la corta edad del menor necesitaba una estabilidad que la madre podía darle. El TS en Sentencia de 11 de enero de 2018 (RJ 104) estimó: *Y sin un solo motivo que justifique la medida, se ha privado al menor de compaginar la custodia entre ambos progenitores. Y lo que es más grave, la sentencia recurrida petrifica la situación del menor, de casi cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de su madre, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio.*

⁵⁵ SAP de Toledo de 26 de noviembre de 2014 (JUR 10029).

⁵⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Criterios de atribución de la custodia compartida»... op. cit., pág. 14.

⁵⁷ SAP de Álava de 17 de junio de 2014 (JUR 246623): *Ha quedado acreditado que el padre dispone de tiempo, es corresponsable, existen similares pautas entre los progenitores en la educación y crianza de los hijos, incluso tiene mejor horario para atender a los pequeños, prueba de ello es que van a comer a su casa todos los días. Estamos con-*

te. Sí que influirá en la decisión puesto que afecta al interés de los menores. La similar educación y crianza de los hijos garantizará su mejor adaptación a la alternancia entre progenitores y esto, beneficiará al correcto desarrollo de sus facultades intelectivas y afectivas.

En caso contrario, cuando la compatibilidad en los criterios educacionales y de comportamientos puedan provocar una involución en el desarrollo del menor y causarle grave perjuicio emocional por la tensión a la que se ve sometido, la custodia alterna no debiera ser viable por el interés de los menores.

5. Reparto del tiempo. Régimen de estancia y comunicación.

La custodia compartida, tiene su razón de existir en el pacto entre las partes. No obstante, la aplicación del artículo 97.8 Cc, permite a los órganos judiciales otorgar la custodia compartida, a falta de pacto entre los progenitores, cuando esta ha sido solicitada por uno solo de ellos. Y esta es la tendencia Jurisprudencial en el momento actual es la atribución de la custodia compartida. Su concesión ya no reviste carácter excepcional o extraordinario sino que por el contrario, se estima como la regla general. De esta forma, solo la concurrencia o no de los criterios determinados por el TS, será el fundamento del pronunciamiento judicial en relación con la materia.

Dicho esto, vamos a estudiar el reparto de tiempo entre los progenitores. Y lo veremos desde una doble perspectiva: por un lado, el tiempo de alternancia en que el menor debe permanecer con cada uno de los progenitores; y por otro, el régimen de visitas que debe establecerse para la comunicación del menor con el progenitor no custodia en el momento.

La guarda y custodia compartida no tiene porque suponer el 50% de atribución aunque es lo más habitual. Existen muchas fórmulas de reparto del tiempo y será necesario examinar las circunstancias del caso concreto y las circunstancias que rodean al menor, para determinar cuál es la más correcta en el caso concreto. La alternancia puede ser semanal, quincenal, mensual, bimensual, trimestral, cada seis meses. En definitiva cualquier fórmula que permita al menor desarrollar sus relaciones paterno-filiales con ambos progenitores⁵⁸.

vencidos que la guarda y custodia compartida va a beneficiar a los menores mas que una custodia monoparental, y que van a estar bien cuidados por el padre.

⁵⁸ A este respecto señala la SAP de Toledo de 26 de noviembre de 2014: *consistiría en distribuir temporalmente entre los cónyuges, por días, meses, años u otros periodos,*

Se adoptará siempre la fórmula que perjudique menos a sus intereses y a su evolución. El reparto de tiempo, podrá ser adoptado de forma convencional o consensuada o judicialmente por el órgano judicial competente en caso de que las partes no llegue a acuerdo. de una u otra forma, establece el TS⁵⁹:

“El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada.

Si fuese festivo el lunes el progenitor, que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro.

Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.

Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

Relativo al reparto del tiempo así como la determinación del sistema de custodia compartida (domicilio familiar o domicilio de los progenitores) surge otro tema: el domicilio del menor de edad. Es evidente que la determinación de este domicilio tiene importancia en el desarrollo de la vida cotidiana del menor. No obstante, no podemos perder de vista que cuando el régimen de custodia propuesto es que el hijo alterne entre los domicilios de los progenitores (normalmente por igual cantidad de tiempo) la situación es complicada. Sobre este sentido, se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado, a través de la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo sobre la guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores. La misma concluye en que en estos supuestos el domicilio del menor, deberá ser consensuado por los progenitores y a falta de tal consenso, será el órgano judicial el que deba resolver la cuestión en el momento de pronunciarse sobre la atribución y régimen de custodia.

el cuidado de los hijos, que irían a vivir a casa de cada progenitor, estableciendo un derecho reciproco de visitas para el otro cónyuge que en ese periodo no goce de la custodia, La segunda consistiría en que los hijos permanecerían en el que fuera domicilio familiar siendo los progenitores quienes de forma rotatoria, también por periodos prefijados.

59 STS de 9 de marzo de 2016 (RJ 972).

Como hemos dicho: cuando los padres tengan atribuida la custodia alterna, nos hallamos ante la situación de que ambos serán custodio y no custodio durante el tiempo en que dure la alternancia. Sin embargo, sigue ostentando una serie de derechos y obligaciones frente a los menores, aunque no ostente en ese momento el cuidado de los mismos. Así, durante el tiempo en que sea el progenitor no custodio seguirá ostentado la patria potestad en cotitularidad junto con el otro progenitor. De este modo, al amparo del ejercicio de la patria potestad, podrá consensuar con el otro progenitor la adopción de decisiones que, sin ser extraordinarias, son importantes y conviene ser adoptadas por los dos⁶⁰.

No solo se fija la alternancia en que se ejerce la guardia compartida sino que se deberá establecer los periodos vacacionales, las fiestas de cumpleaños del menor y de sus progenitores, el día del padre, de la madre, etc.

Por otro lado, habrá de determinarse el régimen de visitas de progenitor no custodio. Esto es importante, puesto que si la custodia compartida supone que los padres podrán ejercer su responsabilidad parental en términos de igualdad y que la custodia alterna se basa en la primacía del interés del menor por formar parte de la vida de sus progenitores, no puede darse la situación de que en el tiempo de no convivencia con uno de los progenitores, este ni siquiera goce de un régimen de visitas. Esto ocasionará, bajo nuestro punto de vista, un desapego temporal y un total trastorno emocional para el menor.

En relación con el régimen de alternancia, hay que hacer mención a la vivienda en que vivirá el menor. En este sentido hay dos opciones: alternancia del menor en los domicilios de los progenitores; o el menor permanece en el que fue el domicilio familiar y son los progenitores los que cambian de vivienda en cada periodo. El modelo más utilizado es el que supone que el menor cambie de domicilio en los periodos de alternancia. En estos casos, el órgano judicial que apruebe el convenio o adopte judicialmente la custodia alterna, deberá valorar la idoneidad de los domicilios en que el menor pasará parte de su tiempo. Como hemos visto, la proximidad de los domicilios será básico para hacer posible algo elemental, que es que no sea necesario cambiar de colegio al niño en cada periodo. Este es uno de los criterios que determinará la concesión o no del régimen.

En los supuestos en que el menor permanezca en el domicilio familiar y sean los progenitores los que alternen, la situación se complica. Aunque pue-

60 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, «Comentarios al nuevo artículo 92 del Código civil»... op. cit., pág. 145.

da resultar la situación ideal porque el menor queda en su ambiente y no sufre el apego y desapego de cambiar de domicilio, este sistema supone un elevado coste económico. Ambos progenitores, además de sufragar los gastos del domicilio familiar en el que el hijo vive, deberán contar con el gasto de un vivienda para el momento de la no alternancia.

Son muchas las frómitas que se pueden llevar a cabo. Lo fundamental es que el régimen de alternancia que se establezca sea apto para la evolución emocional y el desarrollo integro del menor de edad. Pues no podemos olvidar que todas las decisiones que se adopten tienen que respetar de forma primaria, el «interés superior del menor».

6. Cargas familiares: cargas económicas

Uno de los argumentos que se esgrime para detractar a la custodia alterna, es que esta situación es perseguida por los padres simplemente como enmascaramiento de la realidad: lucha por la casa, el dinero, la venganza⁶¹. Pero no hay nada que se aleje más de la realidad. La justificación es que el otorgamiento de la custodia compartida, no supone que los progenitores no tengan que hacer frente a determinadas cargas familiares. Sino al contrario.

Es decir, que se otorgue la custodia compartida, no supone que algunos de los progenitores tengan que hacer frente a una pensión alimenticia y por supuesto, contribuir a las cargas familiares si supone garantizar el bienestar del menor.

Esto dependerá de la situación económica de los padres. De este modo, se dice que los menores, deben desarrollar su vida sin notar la separación de los padres. Pues bien, hay ocasiones en las que un padre está en una posición económica más privilegiada que otros. En estos casos, es posible que se adopte, con independencia del régimen de custodia, una pensión de alimentos a favor del hijo para poder alcanzar ese nivel de vida que del que el menor gozaba antes de la ruptura de sus progenitores. En este sentido, la jurisprudencia estima:

No tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las

61 SARRIEGO MORILLO, JL, «A propósito de los peligros de la custodia compartida en menores de 6 años» en *Lexfamily. Actualidad en derecho de familia* (<http://www.lexfamily.eu>).

diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago, puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios⁶².

Debemos entender que la pensión por alimentos no se extingue de forma automática por la atribución de la custodia compartida. No es un efecto esta. De esta forma, el órgano judicial deberá examinar el nivel y la disposición económica de cada uno de los progenitores en relación a las necesidades de los menores de modo que se distribuya proporcionalmente la obligación de alimentos a los menores y con el fin de garantizar la estabilidad en el cuidado de los menores sin importar quien ostenta su cuidado⁶³.

De esta forma, hay que concluir que las cargas familiares derivarán exclusivamente de la filiación. Es decir, de las obligaciones de los progenitores de cubrir las necesidades de los hijos. Al fin y al cabo, son los deberes inherentes a la patria potestad. Así, la pensión por alimentos en el caso de custodia compartida, tiene como finalidad principal compensar las desigualdades económicas entre los progenitores, en los tiempos de convivencia. Así lo recoge la SAP de Valencia de 22 de abril de 1999⁶⁴:

Teniendo en cuenta que la madre no dispone de medios que le permitan en este momento pasar alimentos a los niños, el padre atenderá a todas las necesidades que éstos tengan en los meses pares (en los que le corresponde la custodia); y el día primero de los meses impares (en los que la custodia le corresponde a la madre), abonará X cantidad.

Cualquier modificación sustancial en la vida de los menores o en la de los progenitores puede dar un giro a la situación establecida convencional o judicialmente.

Así, la concurrencia o nueva modificación de alguna causa que pueda perjudicar al desarrollo afectivo e intelectual del menor o pueda provocar una alteración en su desarrollo psicológico que agrave los perjuicios ocasionados por el divorcio, deberá ser examinada y, en su caso, conllevará la modificación del régimen de custodia alterna hacia una custodia monoparental. En senti-

62 STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008 (RJ 643).

63 SSTSJ Cataluña de 14 de octubre de 2015 (RJ 5553); 1 de julio de 2013 (RJ 6389); 3 de marzo de 2010 (RJ 4016); de 31 de julio de 2008 (RJ 643).

64 SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (RJ 4941).

do contrario, cuando habiéndose establecido una custodia exclusiva a favor de alguno de los progenitores las circunstancias cambien, se podrá instar a los órganos judiciales para que adopten la decisión de la guarda compartida siguiendo con los criterios estudiados anteriormente. Cualquier modificación que se lleve al efecto de las medidas definitivas recogidas en la sentencia, debe responder a un cambio sustancial de las circunstancias que presente una entidad y significación importante⁶⁵.

III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: UN MODELO A SEGUIR

En las legislaciones de determinadas CCAA, se viene estableciendo el régimen de custodia compartida como la situación general. Además, como veremos a continuación, la regulación realizada en estas CCAA es mucho más profusa que el Cc y regula al detalle la cuestión y procedencia de la custodia compartida.

En este sentido, podemos comprobar cómo en estas CCAA la concesión de este régimen de custodia supera, en ocasiones a la media nacional. Así, conforme a los datos ofrecidos por el CGPJ, en 2016 el porcentaje de custodias compartidas adoptadas por CCAA son:

	2016
Extremadura	7,7%
Murcia	7,8%
Galicia	8,8%
Melilla	8,9%
Andalucía	9,6%
Canarias	10,0%
Castilla y León	10,1%
Asturias	11,0%
Madrid	11,9%
Castilla - La Mancha	12,7%

65 ROMERO COLOMA, AM, «La modificación del régimen de guarda y custodia por voluntad del hijo»... op. cit. Además la Jurisprudencia ha dejado claro que para que la modificación sea tenida tomada en consideración *ha de incidir de manera esencial y básica en las condiciones de hecho que tuvieron en cuenta* (SAP de Toledo de 30 de enero de 1995, RJ 67).

Cantabria	13,6%
Ceuta	14,0%
Media nacional	15,1%
La Rioja	16,5%
Navarra	18,5%
País Vasco	18,9%
Aragón	21,0%
Baleares	21,8%
Cataluña	21,9%
Comunidad Valenciana	23,2%

Podemos ver cómo en aquellas CCAA donde hay regulación específica en la materia, resulta más propensa a la concesión de guarda compartida. Así lo refleja el siguiente gráfico⁶⁶:

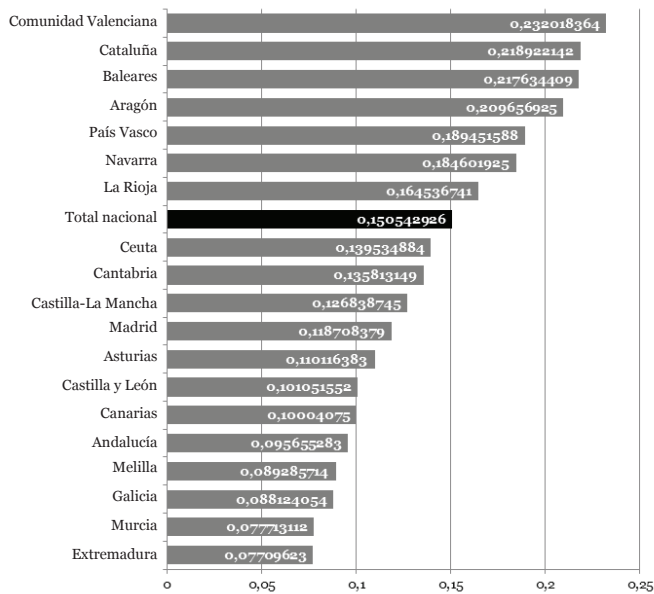


Gráfico 9. Custodias compartidas por CCAA.

66 Elaboración propia a partir de los datos publicados por el CGPJ.

Las CCAA que disponen de regulación propia sobre la custodia compartida son: Cataluña, Aragón, País Vasco y Navarra.

Abordaremos las peculiaridades de las diferentes regulaciones para que podamos tener una visión general de la custodia compartida en España. Adelantamos que las regulaciones específicas, son mucho más completas que la regulación dada por el Cc sobre la materia. En el ámbito nacional, en ocasiones, en ausencia de regulación, los órganos judiciales han tomado los criterios y las regulaciones autonómicas como referentes para la resolución de los supuestos que se les planteaban.

Lo más significativo de las regulaciones específicas sobre la materia que hacen las CCAA mencionadas, se sustenta en que la atribución de custodia compartida, se establece como la regla general. Así, la custodia monoparental o exclusiva, se reserva para supuestos excepcionales. Igualmente, todas las regulaciones afirman la primacía del interés superior del menor.

Debemos advertir que a pesar de que las legislaciones autonómicas, se extienden en su articulado a otras materias, en las líneas que siguen tan solo vamos a estudiar aquellos relativos a la guarda y custodia compartida y las peculiaridades con respecto a la legislación estatal.

Al hilo de lo anterior, es común en todas las legislaciones, la posibilidad del órgano judicial de recabar algún informe de especialistas al objeto de valorar las aptitudes de los progenitores para la ardua labor del cuidado de los hijos menores. E igualmente, es común la prohibición de custodia, tanto individual como compartida, ante la existencia de un proceso penal por violencia de género.

1. Cataluña

Cataluña, es la pionera en esta regulación. Lo hace mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Nos centraremos en el Capítulo III reservado a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación legal, y en concreto, en lo relativo al cuidado de los hijos y a lo referente a la custodia compartida.

Aquellos procedimientos de divorcio que vayan a regirse por la ley autonómica, deberán, al presentar la demanda de divorcio establecer medidas provisionales relativas a: la determinación del modo en que los hijos deben vivir con los padres o la atribución del cuidado a otros parientes o instituciones; la forma en que debe ejercitarse la patria potestad; distribución del deber de

alimentos; la fijación de alimentos para los hijos mayores de edad pero que dependen económicamente de los progenitores⁶⁷; asignación de la vivienda familiar y el régimen de tenencia y administración de los bienes comunes.

Cuando los progenitores llegan a un acuerdo que regule el divorcio, formularán un convenio regulador en el que se contendrá un *plan de parentalidad*. Este acuerdo se considera un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos, tal y como establece la Exposición de Motivos de la Ley catalana. De esta forma, el contenido de este plan, debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercerán la responsabilidad parental así como los compromisos que los progenitores asumen respecto a la guarda, cuidado y educación de los hijos.

El contenido concreto que debe constar en el plan de parentalidad es:

1. Lugar en que vivirá el hijo en cada momento
2. Las tareas que cada progenitor asumirá en las actividades cotidianas de los hijos
3. Forma en que debe hacerse el cambio de progenitor custodio y el reparto de gastos que ello conlleva
4. Régimen de relación y comunicación del menor con el progenitor no custodio
5. Régimen de estancia de hijos en vacaciones
6. Tipo de educación, actividades extraescolares formativas y de tiempo libre, si procede
7. Forma de cumplir el deber de información sobre salud y bienestar de los hijos

Como se puede comprobar el contenido extenso que debe tener el plan de parentalidad, excluye por sí mismo, los conflictos que puedan surgir de su aplicación práctica. Además, que sean las propias partes las que deban decidir estas cuestiones, parece que les obliga a hacer frente a las disposiciones a las que llegaron de forma voluntaria.

Por supuesto, para la realización del plan de parentalidad o convenio regulador, se prevé la posibilidad de que las partes acudan a una mediación familiar extrajudicial (es decir, ajena al proceso) o una mediación familiar intrajudicial (desarrollada en el proceso judicial en marcha) que podrá ser solicitada a iniciativa de las partes o del juez. Los acuerdos conseguidos deben

67 ZARRALUQUI los denomina cuasi-emancipados.

ser revisados por el MF en aquellos términos que se refieren a la responsabilidad parental y tan solo serán rechazados por motivos de orden público o por perjudicar gravemente al menor.

Presentado el plan de parentalidad, el órgano judicial tendrá de decidir la atribución de la custodia compartida. Para ello, utilizará además del contenido del plan, los siguientes criterios: vinculación afectiva de los hijos y cada uno de los progenitores; aptitud de progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y procurarles un entorno adecuado en relación a la edad del menor; actitud de los progenitores en sus relaciones, para conseguir la mejor estabilidad del hijo menor; tiempo que cada progenitor haya dedicado a los menores antes del cese de la convivencia; opinión de los hijos; acuerdos adoptados previamente en previsión de la ruptura y la situación de los domicilios, horarios de los progenitores y actividades de los hijos y progenitores.

Como puede comprobarse, los criterios establecidos por la legislación catalana, resultan clarificadores a la hora de determinar la posibilidad de las partes de obtener la concesión de la custodia compartida o no. Los criterios objetivos que la ley presenta, no muestran margen de discrecionalidad. Son claros, sencillos y objetivamente, buscan en todo momento la estabilidad de los hijos menores de edad.

Cierto es que cuando se comienza una relación parece asombroso que las partes decidan firmar un pacto o acuerdo en previsión de la ruptura. No obstante, puede evitar que en el momento de cese de la convivencia, la relación conflictiva entre los progenitores, ponga en peligro la estabilidad del menor. Y, por supuesto, evita la utilización del menor como objeto de cambio, canalizador de la frustración y la venganza que en algunos momentos, puede ocasionar el conflicto entre los progenitores⁶⁸.

Se establece en la legislación autonómica, igualmente, que el régimen de custodia concedido es independiente a la obligación de alimentos. De esta forma, se pondera el tiempo de estancia con cada progenitor y los gastos.

Como se advirtió, la regla general es la concesión de custodia compartida. Solo en los casos en que se perjudique gravemente el interés del menor, el órgano judicial atribuirá la custodia exclusiva o monoparental.

68 Cataluña, fue pionera en la regulación de estos acuerdos en previsión de la ruptura. El modelo tiene influencia norteamericana. Están regulados en el artículo 231-20 del Código de familia Catalán. *Vid.* CERVILLA GARZÓN, MD, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 175 y ss.

2. Aragón

Se regulan los efectos de la rupturas en relación a los hijos menores, a través de Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. que, como establece la propia EM, incorpora los preceptos de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores⁶⁹.

La CCAA aragonesa, cambia el término de patria potestad por el de autoridad familiar. Señala al respecto la EM de dicha norma:

La autoridad familiar -que no es, conceptualmente, el equivalente de la institución de la patria potestad- es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación.

En este sentido, se regula que en caso de ruptura, ambos progenitores respetarán los siguientes derechos:

1. Derecho de contacto directo entre hijos/padres de modo regular.
2. Participación conjunta de ambos progenitores en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.
3. En sus relaciones familiares, los progenitores actuarán en el plano de igualdad.

Igualmente, se prevé la necesidad que los menores sean oídos antes de adoptar cualquier decisión que afecte a su persona.

Como consecuencia de la ruptura, los padres, podrán otorgar un *pacto de relaciones familiares*. En él se fijarán los términos de las nuevas relaciones familiares que surgirán tras la ruptura de los progenitores y el evidente, cese de la convivencia del mismo.

La norma aragonesa, determina el marco mínimo que debe contener el plan de relaciones familiares:

1. Régimen de convivencia y régimen de visitas.
2. Régimen de las relaciones de los hijos con los hermanos, abuelos, otros parientes o personas allegadas.

⁶⁹ Vid. SORIANO IBÁÑEZ, B, «Los procesos de familia y la guarda y custodia en Aragón» en <http://www.fiscal.es>

3. Destino de la vivienda y ajuar familiar.

4. La participación económica con que cada progenitor contribuirá a sufragar los gastos ordinarios de los hijos menores.

En Aragón, se prevé que para la realización de este pacto de relaciones familiares, las partes acudan a mediación con el fin de acercar las posturas, abrir espacio de comunicación y así, poder llegar a un acuerdo más beneficioso para el menor de edad y, como no, de ellos mismos.

Mediante la norma antes dicha, se modifica la preferencia en la guarda y custodia. Tradicionalmente se ha otorgado de forma exclusiva a uno de los progenitores, fundamentalmente a la madre. Tras la aprobación de este Decreto Legislativo, se cambia el esquema tradicional y, el cuidado de los hijos, de forma preferente se otorgará a ambos progenitores. Para ello, se tendrá en cuenta el plan de relaciones familiares y los siguientes factores: edad del menor; arraigo social y familiar de los hijos; opinión de los hijos; aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad del menor; la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral de los progenitores; y cualesquiera otra de relevancia para el régimen de convivencia.

3. Valencia

El tema de la custodia compartida, fue regulado en la Comunidad Valenciana a través de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. A sabiendas que las disposiciones de esta Ley fueron anuladas por el TC mediante Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre de 2016, nos parece conveniente analizar su contenido dado que puede resultar beneficioso en el avance de la materia objeto de estudio. La justificación de la anulación fue el título competencial. La comunidad Valenciana, no tiene competencia para la regulación de materias relacionadas con el derecho de familia que es de ámbito estatal conforme a los parámetros del artículo 149 CE y teniendo en cuenta las disposiciones del Estatuto de Autonomía, el cual dispone en el artículo 49.1.2 del Estatuto determina que “la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano”.

De este modo, este epígrafe debe tenerse en cuenta como simple referencia de lo que existió y como punto de avance sobre la adopción de la custodia compartida como regla general frente a la regulación como excepción encomendada en el Código Civil.

Como se establece en la propia EM, esta ley viene a aplicar un sistema de principios y valores en las relaciones de los progenitores con sus hijos menores en caso de ruptura:

1. Principio de coparentalidad: «Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses»; 2. Derecho de cada menor a «crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos»; 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular»; 4. Derecho de cada menor «a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados»; 5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social.

Al igual que en las anteriores, se establece la necesidad de realizar un *pacto para la convivencia familiar*. Con este pacto se pretende la regulación de las relaciones entre progenitores e hijos cuando se ha producido un cese en la convivencia.

Este pacto deberá pronunciarse sobre determinados aspectos. Como mínimo sobre:

1. El régimen de convivencia y/o las relaciones con los hijos menores para garantizar el contacto con ambos progenitores.
2. El régimen de relación con los hermanos, abuelos, otros parientes o personas allegadas.
3. El destino de la vivienda y el ajuar familiar.
4. La cantidad y modo de satisfacer los gastos de los menores.

Evidentemente, todo lo pactado puede sufrir modificaciones por a las causas especificadas en el propio pacto; por mutuo acuerdo; a petición de uno de los progenitores, cuando hubieran sobrevenido circunstancias relevantes; por iniciativa del Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados; por privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores, sobrevenida al pacto; por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto, tal y como señala el artículo 4 de la ley valenciana.

Entonces, producido el cese de la convivencia, los progenitores podrán acordar el pacto de relaciones familiares o no. Si no lo hacen, será el órgano judicial el que decida sobre estos aspectos. La regla general en Valen-

cia, será la concesión de la custodia compartida sino existe obstáculo para ello (oposición de uno de los progenitores o mala relación entre ellos). Sin embargo, el órgano judicial cuando deba resolver tendrá en cuenta tanto el contenido del pacto como una serie de criterios objetivos que se centran en: la edad del menor (señalando para los lactantes establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del menor, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores); la opinión de los hijos; la dedicación pasada a la familia así como a la capacidad de cada progenitor; los informes médicos, sociales que procedan; la conciliación de la vida laboral y familiar; el arraigo social, escolar y familiar; disponibilidad para mantener un trato directo con cada hijo menor; así como cualquier otra circunstancia relevante.

Algo relevante, nos parece la previsión de que atendidas las circunstancias del caso, podrá establecerse un control periódico de la situación familiar y conforme a los informes especialistas recabados, determinar la continuación o un nuevo régimen de convivencia.

4. País Vasco

La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, es la actual regulación sobre estos aspectos en el País Vasco. Es la regulación más reciente en el tiempo y quizás por ello, parece ser la más completa en tanto que acoge aquello ya expuesto e incorpora algunas cuestiones merecedoras de ser expuestas.

El artículo 4 de la mencionada norma, prevé los *pactos en previsión de la ruptura de la convivencia*. Estos podrán celebrarse antes o durante la convivencia. Para que tengan efectos jurídicos será necesaria la elevación a escritura pública ante notario. En cuanto al contenido, es coincidente con el del convenio regulador: el desarrollo del ejercicio de la responsabilidad parental; la contribución a las cargas familiares (alimentos y pensión compensatoria) y el uso de la vivienda, fundamentalmente. Además, el pacto de previsión de la ruptura, podrá establecer la previsión de acudir a la mediación familiar antes que a la vía judicial en caso de ruptura.

De este modo, los progenitores antes que se produzca la ruptura o cuando presenten la demanda judicial para el divorcio, deberán acompañar a esta con una propuesta de convenio regulador conjunta o de forma individual por cada

uno de los progenitores. En lo que respecta a la responsabilidad parental, el convenio tiene que determinar:

1. Forma de decidir y compartir los aspectos que afectan a la educación, salud, residencia.
2. El cumplimiento de los deberes relativos a la guarda, su cuidado, educación y ocio.
3. Periodos que el menor debe pasar con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia y comunicación con el no conviviente en el momento.
4. Lugar o lugares de residencia de los hijos.
5. Reglas de recogida y entrega en los cambios de la guarda.
6. Contribución a las cargas familiares y alimentos. Se indicará la periodicidad y la forma de pago. Se atenderá al tiempo de permanencia con cada uno de los progenitores así como sus necesidades.
7. Uso de la vivienda.

Iniciado el procedimiento judicial, el juez competente tiene la facultad de derivar a las partes, de forma obligatoria, a una sesión informativa de mediación para que puedan llegar a acuerdo.

A falta de acuerdo, el órgano debe decidir y adoptar las medidas que regularán las relaciones familiares. el único fin perseguido debe ser: garantizar la patria potestad de ambos; asegurar la provisión de las necesidades de los menores; el mantenimiento del vínculo con ambos progenitores y, sobre todo, evitar las perturbaciones dañinas para los menores.

En cuanto a la custodia compartida, puede ser solicitada por ambos o por uno solo de ellos. La solicitud deberá ir acompañada de una propuesta fundada en la que se plasme el modo en que se desarrollará la misma, incluyendo los tiempos de permanencia y las formas de comunicación con el progenitor no conviviente en el momento.

Se señala, expresamente que la mala relación entre los progenitores o la oposición de uno de ellos a la custodia compartida, no es óbice para su rechazo por el órgano judicial.

El órgano judicial competente, para otorgar la custodia compartida, se regirá por los siguientes criterios: práctica anterior con el menor y la actitud del menor con cada uno de los progenitores; número de hijos; la edad de los menores; su opinión; el cumplimiento de los progenitores con los deberes de comunicación con el otro progenitor; el resultado de informes médicos; el arraigo social, familiar y escolar; la conciliación de la vida familiar y laboral; la ubicación de las residencias habituales de los progenitores y el apoyo con el que cuenta para el cuidado de los menores.

5. Navarra

Regulado por la Ley Foral 3/2011, De 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Señala el artículo 1 de la mencionada norma que el objeto de la presente ley es regular el régimen de la guarda y custodia de los hijos menores de edad en el supuesto de ruptura de la convivencia de sus padres. Se establece que esto siempre se hará atendiendo al interés superior de los menores y a la igualdad de los progenitores.

Para ello, el gobierno de Navarra, facilita un servicio público e imparcial para las partes, de mediación familiar, al que podrán someterse, voluntariamente los progenitores, con el fin de obtener un acuerdo que permita facilitar el impacto de los efectos de la ruptura en los hijos menores. Se prevé, la posibilidad de que en aquellos supuestos en que se presente directamente la demanda judicial, el juez competente, proponga una solución de mediación.

La guarda y custodia compartida, podrá ser solicitada por ambos progenitores o por uno solo de ellos. La decisión del juez deberá ajustarse al interés del menor. para su concesión, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: la edad de los hijos; las relaciones con los progenitores, sobre tofo la aptitud d estos para asumir los deberes inherentes al cuidado de lo menores; el arraigo social y familiar de los hijos; las opiniones de los menores; la voluntad de los padres de asegurar la estabilidad del menor; las posibilidades de conciliación familia-trabajo; y los acuerdos y convenios previos entre los padres que pudieran existir.

La decisión, en todo caso, asegurará la igualdad de los progenitores. De este modo, si se decide la custodia compartida, se fijará el régimen de convivencia adaptado a las necesidades familiares. Si se decide, custodia individual; se fijará el régimen de comunicación y estancia; y cualquier otro.

En definitiva, las legislaciones autonómicas, van un paso por delante de las legislaciones nacionales respecto a la guarda y custodia compartida. Como ya dijimos, la jurisprudencia, ha hecho suyo los criterios establecidos en las mencionadas legislaciones para resolver los casos que le han sido sometidos a su conocimiento. Todas estas legislaciones, tienen una fuerte influencia del derecho comparado. Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia⁷⁰:

70 SSTS de 8 de octubre de 1999 (RJ 4606); de 10 de marzo de 2010 (RJ 2329).

Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Cód de Familia de Catalunya. A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa , el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

IV. HACIA DÓNDE VAMOS: EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Tras la presentación de las diferentes legislaciones autonómicas, las relaciones parentales y la responsabilidad de los progenitores para con sus hijos en el ámbito nacional no se debían quedar así. Es por ello, por lo que existe un Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Para su elaboración, se han tomado como referencia tanto la jurisprudencia como el texto de las legislaciones autonómicas que hemos estudiado.

Como se señala en la propia EM, se pretende dar respuesta a determinadas

disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social.

El texto del anteproyecto deja ver importantes modificaciones que, en caso de aprobarse el mismo, regularían las relaciones parentales con los hijos menores en caso de ruptura.

Como hemos dejado claro, la custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de residencia de los hijos- pero sí un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia; y tampoco implica que no pueda fijarse una pensión por alientos para equilibrar las distintas capacidades económicas entre los progenitores. En este sentido, se prevé la posibilidad de establecer a los progenitores una pensión de alimentos para cubrir las necesidades ordinarias y previsibles de los hijos y los gastos extraordinarios. Por ello, será necesario acompañar la demanda con los documentos que acrediten la capacidad económica de los progenitores y las necesidades de los hijos.

En los supuestos de violencia de género deja claro el anteproyecto que:

Atendiendo al compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica y de género en todos los ámbitos de la sociedad, y con la finalidad de proteger a todas las víctimas de esos delitos, especialmente a los menores, expresamente se prevé que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, o cuando existan indicios fundados y racionales de tales delitos que consten en una resolución judicial motivada del Juez que lleve la causa penal o, en su defecto, cuando tales indicios existan a juicio del Juez del procedimiento civil, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, siempre que el delito no estuviera prescrito.

No obstante, diferencia entre el delito por el que está siendo juzgado o ya ha sido condenado. En este contexto, cuando el delito cometido es contra la vida, la libertad, la integridad física o moral, la libertad sexual estarán privados no solo del régimen de custodia compartida, sino que se les privará de cualquier régimen de estancia y comunicación.

En caso de que esté condenado o esté siendo juzgado por violencia de género pero por otros delitos, estarán excluidos de la posibilidad de guarda y custodia compartida, pero sí, atendiendo a las necesidades del caso concreto, podrá determinarse un régimen de estancia y comunicación.

Tal y como está la situación actual, lo que se pretende es que los progenitores pacten un *plan de ejercicio de la patria potestad*. Con este plan, se pre-

tende concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer su responsabilidad parental. El contenido de este plan, deberá centrarse en tres puntos básicamente: los compromisos que asume al respecto; el cuidado y educación de los hijos; y el orden económico.

Lo que se pretende es como dice la EM del Anteproyecto, alentar a los progenitores a que, con independencia de que el procedimiento sea contencioso o de mutuo acuerdo:

A organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos.

Así, se favorece la concreción de los acuerdos, la transparencia y el cumplimiento de lo acordado.

El plan de ejercicio de la patria potestad, que será parte del convenio regulador, presentado por las partes en el procedimiento de divorcio tiene que hacer alusión a aspectos como:

- 1 Forma de compartir decisiones sobre educación, salud, bienestar y residencia habitual del menor⁷¹
- 2 Cumplimiento de deberes referentes a la custodia compartida
- 3 Periodos de convivencia con cada uno de los progenitores y correlativo régimen de estancia y comunicación
- 4 Lugar o lugares de residencia de los hijos
- 5 Reglas de recogida y entrega
- 6 Prevención de acudir a mediación familiar en caso de conflicto
- 7 Contribución de las cargas familiares y alimentos para cubrir las necesidades ordinarias o previsibles de los hijos, y a los gastos devengados por sus necesidades extraordinarias o imprevisibles⁷².

⁷¹ Como ya se vio, esto es a efectos del empadronamiento. Sigue lo establecido por la Instrucción de FGE 1/2006.

⁷² Señala al respecto el Anteproyecto: gastos voluntarios, considerados como tales aquellos que, aun pudiendo ser continuos, no son necesarios, salvo que se acredite que son convenientes para los hijos, debiendo ser abonados en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de estos, los abonará el progenitor que haya decido la realización del gasto. Para evitar que la obligación de abonar la pensión de alimentos a los hijos se perpetúe en el tiempo, lo que será de aplicación a las relaciones paterno filiales en general, se precisan los supuestos que producen su extinción, destacando la indepen-

Es evidente que todo esto tiene mucha importancia a efectos prácticos puesto que evitaría, en un buen número de casos, la alta conflictividad que se vive por los progenitores durante el desarrollo del procedimiento de divorcio. Esta alta conflictividad, sin duda, redundaría de forma negativa en el menor de edad que ve multiplicado el impacto de los efectos negativos del divorcio de sus padres. De este modo, se pretende evitar que los padres mantengan ajenos a sus hijos en los conflictos de pareja.

Se pretende introducir para la consecución de este fin la mediación familiar. No como obligación pero sí como posibilidad con las que contarán las partes. Igualmente, el órgano judicial, podrá decidir que las partes acudan a mediación si estima que las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, hacen posible la consecución de un acuerdo. El acuerdo al que se llegue, deberá ser aprobado por el órgano judicial competente.

Sin embargo, la novedad más impresionante que tiene el anteproyecto es la inclusión del artículo 92.bis Cc. En él se les otorgan a los jueces las facultades para conceder, en beneficio de los hijos menores, la custodia compartida, sin ni siquiera haber sido pedida por ninguna de las partes. Es evidente, que esta facultad del órgano judicial, viene a reforzar la limitación del principio dispositivo y de justicia rogada en este tipo de procedimientos:

El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

Igualmente, se introducen, en el mismo precepto, los criterios que el órgano judicial tendrá en cuenta para la atribución de la custodia compartida. Estos son los que se reflejan en las legislaciones autonómicas y vienen aplicando los órganos judiciales. Así, el establecimiento de estos criterios en el Cc supone una habilitación legal de la práctica en los juzgados:

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus

dencia económica de los hijos, o cuando estén en disposición y condiciones de obtenerla, aun cuando no la tengan, si ello les es imputable.

hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

En cualquier caso, las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.

Podemos afirmar que la finalidad del anteproyecto es el acercamiento y ajuste del derecho de familia a la realidad social.

Y es aquí hacia donde vamos. Las tramitaciones legislativas son lentas y los cambios políticos acontecidos en España no ayudan. De todas formas, esta es la situación que se pretende: la posibilidad de ambos progenitores en, condiciones de igualdad, del cuidado de sus hijos. Otorgando la facultad al órgano judicial para que de oficio establezca la custodia compartida siempre en beneficio del menor.

Pero cuidado, el tratamiento de menores conlleva mucho riesgo. Ponemos en juego importantes beneficios y la multiplicación de perjuicios que pueden afectar al desarrollo intelectual y evolutivo del menor. Por ello, el término igualdad hay que tomarlo con prudencia. No todas las situaciones son iguales, no todos los menores son iguales, no todos los progenitores son iguales. La igualdad, debe entenderse siempre que se tengan las actitudes y aptitudes, necesarias para el desarrollo de la responsabilidad parental.

CAPÍTULO V

FACILITEMOS LAS COSAS

LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR A LOS CONFLICTOS DE PAREJA

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos de familia tienen ciertas peculiaridades puesto que los intereses existentes en todos los conflictos se entremezclan con sentimientos contradictorios. Pero además, si a esto le sumamos la existencia de hijos menores el conflicto de desborda.

Cuando una pareja decide la ruptura sentimental y por ende, el cese de la convivencia, las partes, aunque se haya llegado de mutuo acuerdo, duele. En ocasiones, las rupturas es el fruto del conflicto. Una pareja, se lleva mal, tiene continuas discusiones y lo mejor para poder llevar una vida ordenada suele ser la ruptura de pareja. Esta ruptura, puede ser el resultado del conflicto y a la vez la solución al mismo.

Pero existen ocasiones, sobre todo y paradójicamente, cuando existen hijos menores, que la ruptura y consiguiente cese de la convivencia, no viene sino a aflorar o avivar los conflictos. En estos casos, en muchas de las ocasiones, los padres utilizan a los menores como canalizadores de la frustración y los ánimos de venganza contra la otra parte.

Tradicionalmente, la concesión de la custodia, la pensión por alimentos y la vivienda familiar, llevaba implícito la sensación de parte ganadora. Parecía que cuanto menos tiempo hubiera de régimen de estancia y comunicación, mejor había salido la cosa para la parte que ostentaba la guarda y custodia.

No obstante, tanto los organismos internacionales como las instituciones nacionales abogan por la igualdad y la corresponsabilidad parental.

En la sociedad actual, no podemos considerar que el cuidado de los hijos tiene género. Son ambos progenitores los que, atendiendo a las circunstancias personales, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, deben procurar el cuidado a los hijos.

Afortunadamente, se están teniendo en cuenta todos los trabajos de investigación realizados en los que se examinaban los perjuicios del divorcio en los hijos menores y cómo el impacto de este podría afectar de forma negativa a nivel intelectual, afectivo e, incluso, físico del menor. de este modo, a pesar

de que el Cc todavía sigue estableciendo la custodia alterna como una opción, la Jurisprudencia del TS determina que debe ser considerado un sistema normal e incluso deseable.

Los hijos, sobre todos aquellos que todavía son menores de edad, tienen la necesidad de relacionarse con ambos progenitores. Ninguna figura paterna puede suplir la otra. El afecto de ambos progenitores es necesario y los hijos deben sentirse importantes en las vidas de sus progenitores con independencia que convivan o no.

La custodia compartida, viene a mitigar estos problemas de comportamiento asociados, precisamente, a la ausencia de uno de los progenitores por cuestiones ajenas a la voluntad de ambos.

Lógicamente, no es posible esta afirmación en todos los casos. Cuando existe un ambiente violento o de dominación de uno de los progenitores respecto del otro, el menor, no puede desarrollarse en plenitud. Así, tanto la ley de protección del menor, como los tratados internacionales que le afectan, han determinado la necesidad de que los menores crezcan en un ambiente estable, limpio de violencia y en un entorno adecuado e idóneo para su edad. De este modo, no puede predicarse la necesidad de que el niño, a toda costa, cuente con la presencia continua de los dos progenitores. En ocasiones, cuando el hogar está desestructurado, existe alguna adición de alguno de los padres o está en situación violencia de género o doméstica, el menor debe ser sacado de ese entorno probando, incluso si fuera necesario, de patria potestad al padre que lo causa. El ambiente familiar en que el niño crece es fundamental para el resto de su vida.

Volviendo a los conflictos familiares en los que no existe violencia o alguna causa que lo desestabilice, en ocasiones, los padres no son capaces de superar sus diferencias o no son capaces de primar el interés del menor a sus conflictos personales. Como se ha dicho, en algunas ocasiones, los conflictos vienen ocasionados por la determinación del cuidado de los hijos.¹

Muchos son los padres que se aquejan de que tienen un régimen de visitas que no les permite desarrollar una relación paterno-filial con normalidad.

¹ Como afirma CARRETERO MORALES, este es uno de los temas que entra en la tipología de los casos de familia que pueden ser abordados por la mediación. En *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, 2016, pág. 373-374. La mediación aplicada a los supuestos de guarda y custodia resultará beneficiosa para que las partes puedan entender adecuadamente lo que implica este régimen y asumir acuerdos más ajustados a las necesidades de sus hijos menores y de las suyas propias.

Otros, preferirían una custodia alterna para poder compartir el cuidado de los hijos. Sin embargo, en este último grupo hay quien solicita la custodia alterna o compartida por su propio interés y no por el beneficio del menor. Es decir, algunos casos los padres fundan la petición de custodia alterna en el interés económico. Creen que la concesión de este tipo de guarda, les eximirá del pago de la pensión por alimentos. Pero esto, como hemos visto no es siempre así. Hay supuestos en que para equilibrar la situación económica, se obliga a alguno de los progenitores al pago de una pensión por alimentos al hijo menor cuando permanece con otro progenitor.

La judicialización de estos conflictos, cuando existen hijos menores, puede alargarse en el tiempo más de lo deseado, como hemos tenido ocasión de comprobar. Se produce un estancamiento en la comunicación entre progenitores, lo que provoca que el hijo menor se sienta indefenso ante la situación y desprotegido. Pero lo más importante, cuando es el órgano judicial el que tiene que decidir, en ausencia de acuerdo por las partes, no se tendrán en cuenta determinados aspectos de la vida del menor, de su personalidad, de sus verdaderos deseos y de sus necesidades cotidianas. El órgano judicial, tan solo atenderá a la aplicación de unos criterios objetivos que, atendiendo a las necesidades del caso concreto, le permitirán establecer la mejor opción que en la mayoría de los supuestos sigue siendo la custodia exclusiva.

Los padres deben tener en cuenta como ha puesto de relieve LÓPEZ GARCÍA:

Si en algunas familias existe una constante conflictividad y una continua perturbación entre sus componentes, esto mismo, repercute también de forma negativa en la enseñanza y en otros aspectos vitales. Y, si por el aumento de los divorcios conflictivos, se incrementa el número de núcleos familiares desestructurados las cosas toman una clara deriva negativa².

Sin embargo, cuando las partes se abren al diálogo, es posible que encuentren una solución más idónea y adecuada a las necesidades familiares. tan solo ellos conocen las peculiaridades de una familia. Porque es cierto que la pareja se rompe, pero la estructura familiar sigue existiendo tan solo se modifica el modelo.

Y precisamente, es esto lo que debe fomentarse en la mediación para que los menores sufran el cambio en la situación lo menos posible. Sus mejores

2 LÓPEZ GARCÍA, JM, *Desestructuración familiar*, en Diario de Galicia, 25 de mayo de 2017 (versión on line. <http://www.diariogalicia.com>).

cómplices tienen que ser sus padres y ambos deben configurar el modo en que se van a desarrollar los efectos del divorcio y las nuevas relaciones paterno-filiales.

Por ello, en las páginas que continúan vamos a estudiar la forma en que las partes en conflicto, progenitores de los menores a su vez, pueden ser los protagonistas junto con el menor, del modo en que se van a desarrollar las relaciones en un futuro. La mediación junto con otras prácticas, viene a facilitar el camino a las partes abriendo un espacio de comunicación, que parece cerrado de forma indefinida, y, que sin duda, es la mejor opción para el interés de los menores.

II. LA MEDIACIÓN

Partiendo de la concepción tradicional de que el conflicto es algo negativo, debemos partir del cambio de visión. Siendo así que el conflicto nos puede hacer crecer y evolucionar como personas. No obstante, existen mecanismo que tienden a la perpetuación del conflicto y que en nada ayudan al avance personal. En cierta forma, el conflicto nos avisa que hay algo que no funciona en las relación interpersonales, en este caso en el conflicto de pareja. Una de las opciones que podemos encontrar es cortar esa relación tajantemente. No obstante, en el caso de que existan hijos menores, esta solución no es posible.

Hay que partir de la base de que la relación de una pareja, cuando existen hijos menores, va a perpetuarse en el tiempo. De modo que no solucionar los conflictos a tiempo, puede provocar el enquistamiento del mismo y un perjuicio para el menor, que se siente utilizado por sus progenitores.

El conflicto en las relaciones de pareja, sobre todo en aquellas que tienen la voluntad de romper el vínculo, es la falta de comunicación. Cuando el conflicto se judicializa, puede ocurrir que se rompa la comunicación totalmente. Esto conlleva a la ausencia de acuerdo que pueda beneficiar a los hijos menores a su cargo y a ellos mismos.

Para la resolución de estos conflictos existen tres grandes métodos: la autotutela -que sólo podrá ser utilizada en los supuestos y en los términos que establece la ley-; la autocomposición -mediante la que las partes componen la solución del conflicto-; y la heterocomposición -donde la solución es impuesta por un tercero-.

La especialización o especificación de las relaciones en el tráfico jurídico social, ha provocado que, en determinados asuntos se acuda, a la Jurisdicción

bajo la creencia de que es la mejor fórmula de solucionar definitivamente la controversia surgida. No obstante, el colapso de los juzgados y tribunales y, consecuentemente, la ralentización del sistema a la hora de dar una respuesta eficaz y eficiente, hacen aconsejable la potenciación en la utilización de otras fórmulas de solución de conflictos aptas para resolver definitivamente el litigio. Si a esto le unimos las motivaciones de índole personal y emocional que mueve el conflicto matrimonial con hijos menores, el resultado es hijos conviviendo en familias desestructuradas, que se sienten desprotegidos por sus progenitores y en los que se acentúan los perjuicios del divorcio -provocando los síntomas que ya vimos-.

Sin embargo, la mediación puede ser un espacio abierto, en el que las partes, ayudadas por un tercero imparcial, deciden abrir un espacio de comunicación que les permita un acercamiento de posturas.

De este modo, la mediación, se sitúa en los métodos autocompositivos, que junto con la conciliación, supone la intervención de un tercero, situado entre las partes, que no está llamado a resolver el conflicto sino únicamente, a intentar que las partes, mediante el favorecimiento del diálogo, acerquen posturas para que sean ellas mismas, las que de una manera pacífica, compongan la solución del mismo. Con la mediación, no importa quién pierda o quién gana, sino establecer una solución práctica que satisfaga las necesidades de cada participante³.

En definitiva, la idea subyacente al conflicto sometido a un proceso judicial, de vencedor/vencido, desaparece cuando éste es solucionado por las partes, que ceden en sus pretensiones. Con el proceso judicial, una de las partes sería el vencedor- al que no se le garantiza la obtención de todas sus pretensiones al cien por cien-, y vencidos- que ve maltrechos sus intereses. El conflicto se resuelve pero no para las partes, sobre todo la vencida, que se queda con un sentimiento de frustración. En cambio, con la conciliación, se pretende todo lo contrario- *win/win*- donde todas las partes ganan y pierden⁴ y ninguna queda en una posición de vencedor o vencido. Por ello, para que la conci-

3 CARULLA BENÍTEZ, P, «La mediación: una alternativa eficaz para resolver los conflictos empresariales», en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1/2001, Enero, 2001.

4 AZLATE SÁEZ DE HEREDIA, R, «La dinámica del conflicto», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (SOLETO MUÑOZ; OTERO PARGA [Coord.], Tecnos, Madrid, 2007, pág. 53. El citado profesor establece que, para la persona que elige el compromiso, para la solución del problema, asume que para resolverlo cada parte tiene que perder algo, en lugar, de que una gane y la otra pierda, cada parte, debe ganar y perder parcialmente.

liación funcione, es necesario que ambas partes cedan en sus pretensiones iniciales, ya que el conflicto surge por la confrontación. En la conciliación, es cierto que ninguna de las partes consigue la satisfacción de todos los intereses que en un principio reclamaba, pero tiene la seguridad de no perderlo todo. Así, ambas partes ganan y el conflicto quedará solucionado realmente.

No obstante, puede ser que en la mediación no se llegue a acuerdo. Pero, hay que preguntarse: ¿significa esto que la mediación no ha servido de nada? La respuesta es: rotundamente, no. La mediación ha servido para acercar las posturas y abrir el diálogo entre las partes. Puede que no se llegue a acuerdo porque las posturas están muy enfrentadas en algunos aspectos. Sin embargo, las partes han podido conseguir llegar a la parte emocional del conflicto y esto puede ayudar para la relación futura que deben proseguir por el bien de los menores.

La mediación encuentra su cobertura legal mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵. Como establece la propia Exposición de Motivos de la mencionada ley, la mediación debe configurarse como un instrumento de colaboración de la Administración de Justicia que gira sobre la desjudicialización de determinados asuntos para alcanzar una *respuesta más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto*.

Igualmente, se señala que una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Entendida ésta como la posibilidad de acceso a los órganos judiciales, la necesidad de que éstos otorguen una resolución sobre el fondo del asunto que se le somete a decisión -siempre que concurren los presupuestos procesales para ello- y que finalmente esa decisión pueda ser ejecutada utilizando el uso de la fuerza si fuera necesario para ello.

La alta litigiosidad con que nuestros tribunales se están enfrentando provoca un gran colapso en la actividad jurisdiccional que redundará en un perjuicio para los justiciables pues la respuesta sobre sus derechos e intereses que se han sometido al procedimiento judicial, es una respuesta tardía que en algunos casos, deja de tener eficacia. Es por ello, por lo que se puede llegar a la deducción de que puede incurrirse en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, considerado como derecho fundamental reconocido en el artículo 24.2 de la CE. En el ámbito de la familia, la respuesta tardía de los tribunales puede provocar una escalada superior del conflicto y

5 Publicada en BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

la realización de algunas prácticas que puedan poner en riesgo las relaciones paterno-filiales provocando así el perjuicio del menor.

En este contexto, es dónde debemos ubicar la necesidad de encontrar nuevos mecanismos que permitan una pronta respuesta para los ciudadanos que satisfaga sus derechos e intereses que se han visto truncado por el surgimiento de un conflicto.

En este sentido, la mediación, se encuentra entre los denominados *Medios Alternativos de Solución de Conflictos* (*Alternative Dispute Resolution*), junto con la conciliación y el arbitraje⁶ aunque poco a poco se introducen otras fórmulas dentro de estos mecanismos que pueden ayudar a las partes a solucionar sus controversias de la mejor manera posible para la satisfacción de sus derechos e intereses y sobre la que tendremos la oportunidad de hacer una breve referencia: el derecho colaborativo.

Como digo, la mediación se encuentra entre los medios alternativos. Pero es necesario precisar esta afirmación. ¿por qué?: muy sencillo, la justificación deviene de la mala utilización del término “alternativo” para calificar a esta forma de solucionar los conflictos. En mi opinión, debe cambiarse la mentalidad y comenzar a pensar que no es alternativo, sino un mecanismo complementario de solución de controversias. Y no solo complementario, sino necesario.

De esta forma, cuando las partes acuden a la jurisdicción, a los juzgados y tribunales para solucionar sus problemas, resulta que pierden el control de sus pretensiones en el sentido de que el juez, tercero imparcial, investido de *autoritas* e *imperium*, resuelve de forma imperativa la solución del conflicto debiéndose ejecutar, haciéndose uso de la fuerza si fuera necesario. Solución que puede no satisfacer las necesidades de las partes, ni siquiera de aquella que se proclama “vencedora” en el procedimiento judicial.

Con la mediación, se pretende dar cabida a las partes para solucionar el conflicto planteado. Porque son ellas las que mejor conocen las circunstancias personales, las necesidades cotidianas de sus hijos y las suyas propias. Por ello, se dice que se generará un espacio de comunicación, donde las partes, escuchan las necesidades de los otros.

Por ello, decimos que nos encontramos ante un sistema complementario de la jurisdicción porque puede que no se llegue a acuerdo pero se crea un espacio de comunicación que desde luego, la actividad jurisdiccional no es ca-

6 El arbitraje, en nuestra opinión se aleja de estos sistemas, puesto que en este medio un tercero impone la solución “ignorando” lo que las partes en el conflicto quieran.

paz de conseguir. En este aspecto complementario incide la EM del texto que se está analizando: la mediación ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia⁷.

1. Ubicación de la mediación

Como hemos tenido ocasión de decir, la mediación es una de las fórmulas utilizadas para el acercamiento de las partes a un espacio de comunicación. En el que con la ayuda de un tercero podrán llegar a componer la solución que tenga en cuenta los intereses de las partes y que mejor satisfaga las necesidades de las mismas y de los hijos menores.

Cuando el resultado de la mediación pueda afectar a menores de edad, esta tienes que desarrollarse bajo el prisma del «interés superior del menor». Me explico, las partes deben velar porque los acuerdos alcanzados protejan, por encima de cualquier interés, el de los menores a los que puede afectar. En caso contrario, no se procederá a la aprobación del acuerdo por el juez competente para conocer del caso.

Debemos preguntarnos, cómo funciona la mediación en el derecho de familia. La conocida como mediación familiar. Hay que partir de la base de que salvo que no existan hijos menores, el acuerdo al que lleguen las partes, debe ser aprobado por el órgano judicial competente. Cuando no existen hijos menores, y además el divorcio es de mutuo acuerdo, debemos recordar que tras la modificación de la LEC y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, cabe la posibilidad de que el divorcio sea decretado por el LAJ o elevado a escritura pública ante Notario. Ambos con la misma eficacia que la sentencia judicial. Lógicamente, en estos casos, la materia es totalmente disponible por las partes y podrán acordar lo que estimen conveniente. En estos supuestos, la única premisa que es establece es la revisión por el LAJ o Notario de que el acuerdo al que lleguen las partes no perjudique gravemente a una de las partes.

No obstante, cuando existen hijos menores de edad sobre los que hay que decidir cuestiones como: patria potestad, la guarda y custodia, pensión de

⁷ De este modo, se pretende que el proceso judicial se reserve para aquellos conflictos que versan sobre derechos indisponibles- en los que no operan los métodos autocompositivos- y para los que las partes no han sido capaces de alcanzar acuerdo que ponga fin a la controversia. Todo ello, sin perjudicar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental.

alimentos, etc. es necesario la intervención del órgano judicial y del MF en el procedimiento judicial.

Siendo así, la mediación se puede realizar antes o durante el procedimiento judicial y el acuerdo al que lleguen las partes deberá ser aprobado por el órgano judicial, no sin antes advertir la ausencia de todo perjuicio a los hijos menores de edad o a algunas de las partes. Si el órgano judicial estima la existencia de este perjuicio, procederá a resolver lo que entienda pertinente.

La mediación en el ámbito de familia está siendo invocada por las legislaciones autonómicas que regulan sobre la mediación familiar. En el ámbito nacional, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, insta a las partes y al órgano judicial a la derivación a mediación si estima que se dan las circunstancias necesarias señalando que en ningún caso puede ser impuesta.

De este modo, el texto del anteproyecto no viene sino a legalizar la práctica habitual de los juzgados de primera instancia que derivan a las partes a los programas de mediación intrajudicial para que realicen una sesión informativa con el objetivo de que pueda limar sus asperezas en los espacios de mediación.

A. Mediación extrajudicial

La mediación extrajudicial es aquella que se desarrolla de forma independiente al proceso judicial antes de la iniciación del mismo. Las partes que tienen la voluntad de cesar en la convivencia, deciden acudir a la mediación para mediante, el diálogo, llegar a un acuerdo que satisfaga todas las necesidades y sea lo más beneficioso para las partes, sobre todo, para el menor de edad.

Esta práctica está ganando adeptos en nuestro país y ya son cada vez más los abogados que se forman en la mediación e intentan fomentar la práctica entre sus clientes. Sin embargo, todavía queda un buen camino porque existen profesionales que no creen en las virtudes de esta fórmula e intentan que las partes vayan a un procedimiento contencioso o a lo sumo, firmen un convenio regulador tipo, sin atender a las circunstancias personales y sin que las partes hayan decidido nada.

Esta mentalidad, debe ir cambiándose y debemos de sentir a la mediación como una institución más que el Estado nos ofrece para resolver nuestras controversias. Y donde somos los protagonistas indiscutibles, no solo del conflicto, sino de la solución del mismo.

Para ello, los estudios del grado en Derecho en las universidades espa-

ñolas, introducen entre sus planes de estudios asignaturas dedicadas a esta materia. Esto provocará el conocimiento de la mediación y de las ventajas que puede reportar a la sociedad.

En cuanto al acuerdo que se llegue en el procedimiento de mediación extrajudicial, hay que determinar que para que este tenga fuerza ejecutiva será necesaria la posterior aprobación por el órgano judicial. No obstante, establece la Jurisprudencia que a los pactos a los que las partes, han llegado mediante un procedimiento de mediación correcto, no se le puede negar una obligatoriedad “reforzada”⁸:

ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación, como el que nos ocupa, tienen un “plus” de obligatoriedad. En efecto y aunque no sea de aplicación a este proceso, ha de recordarse que el artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. Pero sobre todo esa obligatoriedad “reforzada” vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente.

B. Mediación intrajudicial

las partes inician un procedimiento judicial controvertido para que el órgano judicial decida sobre cómo debe desarrollarse a partir de ese momento las relaciones. Es completamente legítimo. Además, se contempla como derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE. El órgano judicial, debe responder a nuestras peticiones de forma congruente, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (aunque hay que tener en cuenta que sobre esta materia tiene restricciones la aplicación de los principios dispositivos d y de justicia rogada).

No obstante, la ley prevé la posibilidad de que las partes, en cualquier momento del procedimiento, decidan suspender este y acudir a mediación. En estos casos, la mediación se considera intrajudicial. No porque la realice el juez competente, sino porque se desarrolla en el seno de un procedimiento

⁸ Sentencia del Juzgado de 1º Instancia nº 5 de Málaga de 27 de septiembre de 2012 (AC 1920). SSAP de Murcia de 3 de julio de 2008 (JUR 337177); de Madrid de 20 de septiembre de 2006 (JUR 1935); de Alicante de 19 de noviembre de 2002 (JUR 19369); de Pontevedra de 15 de noviembre de 2002 (JUR 53435).

judicial en marcha. En estos casos, el procedimiento judicial comenzaría por los trámites del artículo 770 LEC. Si se llega a acuerdo en la mediación, se transformaría el procedimiento y se continuaría por los trámites del artículo 777 LEC.

Cabe también la posibilidad de que el órgano judicial invite a las partes a acudir a una sesión informativa con el objetivo de derivar el asunto a los programas de mediación intrajudicial, existente en algunos órganos judiciales. O simplemente, derivarlos a mediación. En estos casos, tan solo puede ser considerado como una sugerencia. Nunca como una obligación.

Lo cierto es que la mediación conlleva numerosas ventajas y queda prohibida únicamente en los casos en que existe violencia de género. En estos casos, parece que el desequilibrio entre las partes aconseja la no realización de la mediación. Se entiende que el miedo provocado por la dominación del hombre hacia la mujer, puede causar el consentimiento de determinadas condiciones en el acuerdo que no sean beneficiosas. Particularmente, pensamos que habría que estar a las circunstancias específicas de cada caso para poder determinar la viabilidad o no de la mediación. Nos parece que esta regulación generalista debe modularse porque quizás la mediación pueda ayudar a la víctima a expresarse y a poder, por fin empoderarse en beneficio propio y de sus hijos.

Lo que si es cierto, es que si las partes no deciden voluntariamente acudir a la mediación, su utilización en estos procedimientos depende de la buena voluntad del juez para la derivación. A este respecto señala SOLETO MUÑOZ que la mediación deberá seguir unas pautas como: priorización de los asuntos susceptibles de ser sometidos a mediación; momento de la derivación; cómo realizar la derivación; iniciativa y desarrollo de la derivación y retorno del resultado; previsión de formación de los participantes; vínculo con otros operadores⁹.

C. La mala práctica de algunos juzgados

El desconocimiento de la mediación, provoca en los operadores jurídicos grandes temores a la hora de su utilización.

En ocasiones, encontramos supuestos en los que a falta de acuerdo entre las partes, el juez decide mediar. Este acto de mediación (que como ya vere-

⁹ SOLETO MUÑOZ, H, La mediación conectada a los tribunales» en SOLETO MUÑOZ, H (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 395.

mos la mediación no se puede realizar en un solo acto) es una manifestación encubierta de la potestad de decisión.

Lógicamente, esta práctica agiliza los procedimientos y descongestiona los juzgados. Pero no es aconsejable su utilización puesto que puede dudarse sobre si el juez competente atendió o no a las circunstancias del caso concreto.

La mediación, no se puede celebrar en un solo acto y el mediador no puede proponer soluciones. Por tanto, esta práctica realizada en algunos juzgados no puede ser considerada como mediación.

D. Utilización de la mediación en España

A pesar de que las CCAA legislaron sobre la mediación familiar; de que existe una Ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mediación en este ámbito en España tiene una escasa utilización¹⁰.

Tan solo con los datos ofrecidos por el CGPJ tenemos que en el año 2017 tan solo el 12,36% de los divorcios controvertidos, han sido derivados a mediación. En el siguiente gráfico se refleja la evolución de las derivaciones producidas por los juzgados de Primera Instancia entre 2009-2017. Y si bien se puede comprobar que se ha producido un aumento, este parece insignificante si tenemos en cuenta la realidad judicial de nuestro país¹¹:

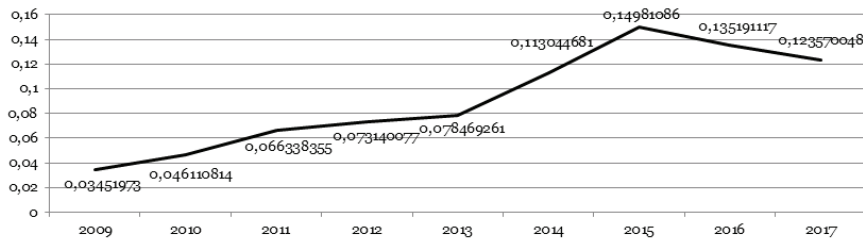


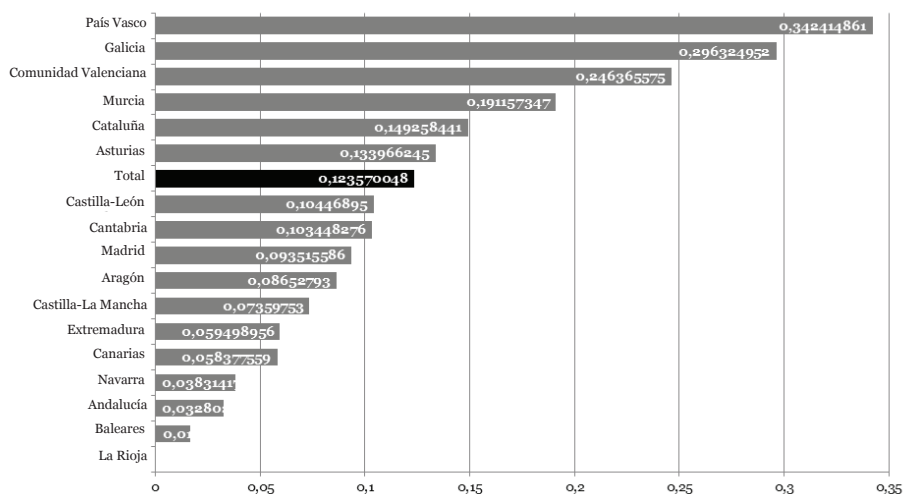
Gráfico 10. Evolución de las derivaciones en España.

Este porcentaje nacional traducido al ámbito autonómico nos lleva a determinar que País Vasco con un 34,24%, seguida de Galicia con un 29,63%

¹⁰ Afirma SOLETO MUÑOZ que: dado que diversas CCAA han regulado la mediación familiar a través de leyes propias, en varias de ellas se ha institucionalizado la mediación familiar como un sistema de resolución de conflictos vinculado al proceso integrante incluso del sistema de asistencia jurídica gratuita. En «La mediación conectada a los tribunales»... op. cit., pág. 395.

¹¹ Elaboración propia a partir de los datos publicados por el CGPJ.

son las CCAA donde se produce un mayor porcentaje de derivaciones de divorcios contenciosos¹²:



Si relacionamos el número de divorcios por juzgado con las derivaciones efectuadas, llegamos a la conclusión que País Vasco y Comunidad Valenciana son las CCAA que más derivaciones efectúan:

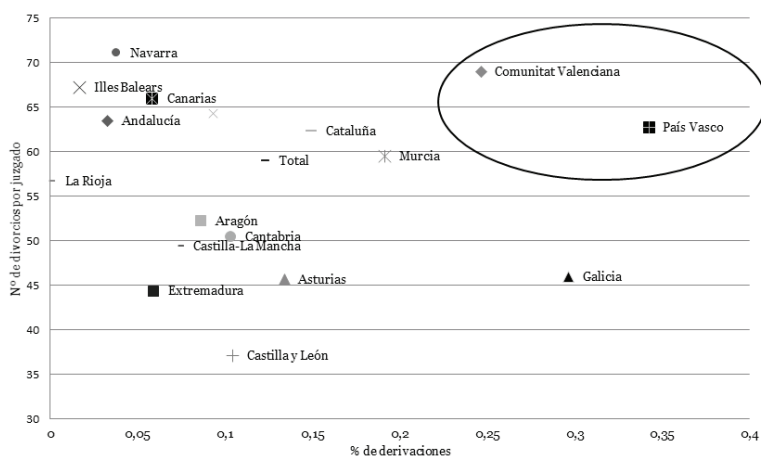


Gráfico 12. Derivaciones por número de divorcios por juzgado.

¹² En el Anexo IV podemos ver gráficamente el número de derivaciones en 2017 (<http://dx.doi.org/10.21950/VCXBXI>).

2. Los principios que inspiran la mediación

Antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2012, ya se reconocían una serie de principios a la mediación, bajo los que se regía el procedimiento: voluntariedad, igualdad, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad.

De esta forma, la mencionada ley, tan solo ha venido a habilitar legalmente los principios que ya se venían practicando en las mediaciones realizadas. Dedicó el Título II para determinar cuáles son los principios en los que se inspira la mediación. Se establecen en la ley los principios de Voluntariedad y libre disposición (art. 6); el principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (art. 7); el principio de neutralidad (art. 8); y el principio de confidencialidad (art. 9).

A. Voluntariedad y libre disposición

La voluntariedad, es un principio básico de los métodos autocompositivos de solución de conflictos y se retroalimenta del principio de libre disposición.

Regulado en el artículo 6, debe predicarse tanto en el momento de acordar que el conflicto sea sometido a mediación, como en el momento de adoptar la solución satisfactoria para las partes. Si bien es cierto que existen algunos supuestos en nuestro ordenamiento jurídico de sometimiento a conciliación o mediación previa a iniciar la acción a los tribunales, no lo es menos que la “obligatoriedad”, que podría entenderse como un requisito que impide el libre acceso a la jurisdicción -que limitaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva-, se salva determinando que las partes son totalmente libres solucionar o no el conflicto a través de la mediación.

En cuanto al sometimiento del asunto a mediación, se puede adoptar a través de la adopción de cláusulas en los planes en previsión de ruptura antes de que el conflicto siquiera haya surgido. Con esta cláusula es posible que se reduzcan las posibilidades de acceso a la justicia, es decir, que la mediación suponga el primer paso “obligatorio” para la solución del conflicto¹³. En cualquier caso, ya dijimos que esta sumisión expresa adoptada por la parte voluntariamente, no supone una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Creemos necesario, analizar, aunque brevemente, la naturaleza de las

¹³ REDORTA, J, «La justicia del futuro», en *Simposio sobre tribunales y mediación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones*, Junio 2009, Barcelona, GEMME, pág. 9. Para el autor, el acceso a la justicia debe entenderse como un derecho del ciudadano de acceso a los métodos apropiados de resolución de conflictos concretos.

cláusulas contractuales mediante la cual las partes se comprometen a la sumisión de la mediación como primer paso para la resolución del conflicto. Esto puede salvarse determinando que a lo que se le “obliga” con esta sumisión expresa, es al sometimiento a la mediación pero no que la disputa o conflicto sea finalmente solucionado mediante este mecanismo¹⁴. Es decir, aplicando la analogía con la conciliación laboral, esta circunstancia no se puede entender como un impedimento al acceso a la jurisdicción y por ende, no podemos entenderla vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵. Ahora bien, que exista libertad de las partes para establecer en un plan de previsión de la ruptura una cláusula de sumisión a la mediación o recomendación a la misma como primer paso antes de acudir a los tribunales de familia, no significa que este medio de solución de conflictos pueda ser impuesto a las partes, así como, tampoco se permite la cláusula que tenga por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de la acción judicial¹⁶.

Así, podemos entender que la cláusula de sumisión a la mediación es como los convenios que se adoptan al inicio de las mediaciones o conciliaciones. Y es así, porque éstas pueden determinar las reglas del procedimiento de mediación que estimen pertinentes por las partes como: el inicio de la mediación; las sesiones que van a desarrollarse, el método de elección del mediación.

Por otro lado, hay que advertir que las partes también, voluntariamente, pueden pactar sobre su aprobación u homologación judicial o no. Es decir, cuando las partes deciden no someter a aprobación judicial el pacto al que

14 Un ejemplo de estas cláusulas establece: 1) el compromiso de elevar el conflicto surgido a una etapa de mediación; y 2) en el caso que sea imposible un acuerdo total o parcial a través de la mediación, se acudirá al arbitraje. CLARE GR, «El papel del abogado de la mediación empresarial», en VINYAMATA, E, *Guerra y Paz en el trabajo: conflicto y conflictología en las organizaciones*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2004.

15 En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante ALM), regula la posibilidad de la existencia de estas cláusulas y así, establece en el artículo 8.3: “*Cuando entre las partes en conflictos exista una cláusula por escrito, incorporada en contrato o en acuerdo independiente, que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación, se iniciará el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste*”.

16 REVILLA GONZÁLEZ, JA, «Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas», en *Estudios sobre consumo*, núm. 79 (2006), pág. 66.

llegaron para la regulación de los efectos del divorcio o de la custodia (en caso de procesos que solo versen sobre esta cuestión). Así, establece la Jurisprudencia que¹⁷:

Los convenios pactados entre los cónyuges para regular situaciones de crisis matrimonial son válidos aunque no hayan sido objeto de homologación judicial, siempre que no se aprecie intención por las partes de que el convenio fuera condicionado a dicha homologación.

En cuanto al principio dispositivo, establece la EM de la Ley 5/2012, que supone la deslegalización de las relaciones que pueden someterse a mediación.

Relacionado con el principio de voluntariedad y libre disposición, debemos dedicar nuestra atención a las menciones recomendadas en el artículo 10 de la Ley 5/2012, bajo la rúbrica *las partes en la mediación* y por las que las partes podrán organizar la mediación como estimen pertinente para la satisfacción de sus intereses y siempre conforme a la lealtad, buena fe y respeto mutuo. Este antiformalismo que se predica de la mediación, es importante tenerlo en cuenta a la hora de la adopción del acuerdo de mediación que veremos más adelante.

B. Igualdad de las partes e imparcialidad

Como eje central de la mediación y para que el conflicto pueda ser solucionado eficazmente, es necesario que durante todo el procedimiento de mediación exista equilibrio entre las partes que se garantiza con la igualdad entre ambas. Este principio debe ser garantizado por el mediador.

Ninguna de las partes, puede estar en una posición superior a la otra pues de ser así, el mediador debe dar por finalizada la mediación en el mismo instante que se percate de esta situación. A este respecto, establece el artículo 21 de la Ley 5/2012 que las partes expondrán sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

La desventaja de una de las partes perjudicaría la adopción de una solución satisfactoria y práctica, lo que restaría eficacia a la mediación como fórmula de resolución de conflictos.

La eficacia del principio de igualdad, depende en ocasiones del mediador. Él es el que tiene que regular el procedimiento de mediación y de él depen-

17 SSTs de 15 de febrero de 2002 (RJ 1619); SAP de Pontevedra de 15 de noviembre de 2002 (JUR 53435).

de que los turnos en que las partes presentan sus alegaciones, pretensiones, propuestas, posturas, etc., sean coincidentes. Lógicamente, no tiene que estar medido el tiempo, pero a ambas partes se les tiene que dar las mismas oportunidades.

En cuanto a la imparcialidad, supone que el mediador actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados. Es decir, supone la ausencia de implicación directa o indirecta en el caso concreto en que debe actuar¹⁸. En este sentido, la causa por la que puede entenderse dudosa su imparcialidad, se tiene que poner en conocimiento antes de su nombramiento. No obstante, cuando el conocimiento de la causa es posterior al nombramiento, el mediador, deberá ser sustituido por otro candidato.

C. Neutralidad

Íntimamente relacionado con el anterior principio, el de neutralidad se encuentra regulado en el artículo 8 de la Ley 5/2012, que establece que:

*“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14”*¹⁹.

D. Confidencialidad

El principio de confidencialidad, regulado en el artículo 9 de la Ley 5/2012, supone que tanto el mediador como las partes que intervienen en él tienen impedido revelar información acerca de todo aquello que haya acontecido en el procedimiento de mediación o de todo aquello que conozcan como consecuencia de la misma.

Esta previsión, impide que las partes sumidas en la controversia, puedan utilizar la mediación como vía para conseguir información sobre la otra parte que pueda “perjudicar” su posición. Debe estar presente en todo el procedimiento de mediación y obliga a todos los sujetos que intervienen en el mismo.

Igualmente, establece la Ley 5/2012, que la confidencialidad supondrá que tanto el mediador como las partes, no puedan participar en un proceso judicial que verse sobre la controversia que han conocido. No obstante, el

18 MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3º edición, 2008, pág. 174.

19 El artículo 14 de la Ley, habla de la responsabilidad del mediador en caso de no cumplir fielmente el encargo de la mediación.

texto normativo establece dos supuestos en los que este principio de confidencialidad puede quebrar en lo que respecta a la intervención en un proceso judicial ulterior. Una de estas condiciones depende de la voluntad de las partes del procedimiento de mediación y se centra en la dispensa del deber que pueden otorgar; y otra se escapa de la voluntad de las partes intervinientes en la mediación y se refiere a la solicitud mediante resolución judicial motivada de los jueces penales.

Por otro lado, el artículo 17 de la Ley 5/2012, establece que la confidencialidad no cubre la identidad de la parte que no asistió a la sesión informativa que dará comienzo a la mediación.

En respeto a este principio de confidencialidad establece el precepto estudiado que durante el transcurso del procedimiento de mediación, al que voluntariamente se han sometido, tienen prohibido entablar cualquier acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la mediación salvo aquellas que tiendan a la adopción de medidas cautelares para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

En definitiva, la confidencialidad, más que un principio, debe ser considerado un deber asumible tanto por las partes como por el mediador y que se centra en la prohibición de los intervinientes en la mediación para dar información sobre aquello obtenido durante la mediación.

Finalmente, es necesario advertir que el deber de confidencialidad no sólo estará activo durante el procedimiento de mediación sino también finalizado éste, ya sea con avenencia o no.

E. Otros principios

Establece la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 que a los principios estudiados, hay que añadir las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

3. El procedimiento de mediación

A. Ámbito de aplicación

El propio artículo 2 de la Ley 5/2012, nos refiere las materias objeto de aplicación o mejor dicho, las materias que pueden ser sometidas a mediación y aquellas que están excluidas por su propia naturaleza.

Así se establece que les será de aplicación la ley a aquellas mediaciones en

asuntos civiles y/o mercantiles, incluidos las controversias transfronterizas y siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. Es decir, a la mediación conforme a la Ley 5/2012, podrán someterse todas aquellas controversias que versen sobre derechos dispositivos. Quedan excluidas las materias sobre el Estado civil de las personas, menores. No obstante, la Jurisprudencia del TS estima que, dado el amplio margen de libertad que el propio Cc reconoce a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, el órgano judicial tiene que limitar su intervención judicial a los acuerdos que hayan llegado los progenitores en los supuestos en que se lesione o ponga en peligro al menor²⁰.

No obstante, nada se dice de la mediación para la regulación de los efectos del divorcio. Si bien es cierto que la competencia de la disolución del vínculo tan solo la tienen encomendada: los órganos judiciales; el LAJ y el notario (cundo proceda), las partes podrán mediar sobre cómo se va a regular los efectos de la nueva situación. En caso de que existan hijos menores, esto es una posibilidad más que recomendable. Puesto que, de futuro, podrán conseguir una buena relación por el bien de sus hijos.

No obstante, en este sentido el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, pretende modificar el apartado 2 del artículo 2 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con el fiel propósito de incluir en el ámbito de aplicación de esta ley, las relaciones familiares.²¹

20 MORENO VELASCO, V, «La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en la crisis matrimoniales. Una propuesta de solución» en *Diario La Ley*, núm. 7899, de 11 de julio de 2012. STS de 14 de febrero de 2005 (RJ 97); Sentencias de la AP de Cantabria de 31 de mayo de 2013 (JUR 353170), entre otras.

21 El apartado 2 del artículo 2 se quiere modificar:

«2. La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta Ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente. Entre los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley se encuentran los surgidos: a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, nulidad, separación o divorcio, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas; b) En los supuestos de sustracción internacional de menores; c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar; d) En las relaciones entre los menores y las perso-

Este es el presente de las relaciones sociales y el derecho tiene que ajustarse a ellas para poder hacer frente a esta crisis de identidad en la que parece estar sumida.

B. La estructura del procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación se caracteriza, en primer lugar, por contar con diversas etapas²² y, en segundo lugar por la flexibilidad, lo que supone una ventaja frente a la rigidez del proceso judicial, tal y como se dispone en el artículo 9 de la Ley 5/2012 al establecer: *“sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”*.

La mediación se realiza bajo el principio de flexibilidad. Esto tiene un doble significado: por un lado, el mediador, puede entrar a conocer o traer a colación determinados temas que, sin haber sido puestos en su conocimiento por las partes, pueden servir para llegar a una mejor avenencia. Por el otro, la flexibilidad unida al principio de voluntad de las partes, suponen que éstas pueden pactar hacer el procedimiento de mediación como crean más conveniente para que pueda adecuarse a las situaciones personales de las partes y para lograr una mayor y más eficaz satisfacción de sus pretensiones²³.

Así, siguiendo la premisa de que esta flexibilidad, significa que se deja libertad a las partes para acordar la forma en que quieren que el procedimiento sea desarrollado, hay que advertir que es necesario que se respete el esquema básico que dispone la Ley.

Es necesario que el procedimiento de mediación cuente con una sesión

nas con la capacidad judicialmente complementada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho; e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia; f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores; g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes /.../

22 Frente a otras modalidades que se desarrollan en un solo día y en una única sesión conjunta.

23 Como pone de relieve LÓPEZ DE ARGUMEDO, A: FERNÁNDEZ DE LA MELA, JM, «El acuerdo de mediación», en *Diario La Ley*, núm. 8477, de 10 de febrero de 2015, la flexibilidad o antiformalismo que se predica del procedimiento de mediación puede llegar a dejar que las partes decidan el modo en que se formalizará el acuerdo de mediación. asunto de vital importancia para, llegado el caso, la posterior ejecución coactiva del mismo

informativa y la sesión constitutiva. Posteriormente, se celebrarán todas las sesiones que se estimen necesarias para el desarrollo de la mediación. No obstante, el artículo 20 de la Ley 5/2012, establece que *la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*.

La mediación podrá ser solicitada por las partes de común acuerdo o a instancia de una de ellas en cumplimiento de cláusula de sometimiento a mediación. La solicitud se presentará ante el mediador propuesto por las partes o ante las instituciones de mediación. En el caso en que esté en marcha un proceso judicial, éste podrá ser suspendido a petición de las partes²⁴. Además la mediación de podrá desarrollar de forma extrajudicial por esta cláusula de sometimiento o por la instancia de las partes antes que se interponga acción ante los tribunales. o bien, de forma Intrajudicial, es decir, pendiente un proceso judicial en marcha, se suspende para la realización de la mediación bien por derivación del propio órgano judicial, bien por la solicitud de las partes.

Instada por las partes la mediación, el mediador citará a las partes para celebrar la sesión informativa. En ella, se explica a las partes en qué consiste la mediación y los principios por los que se inspira. A este respecto, establece el artículo 17 de la Ley 5/2012:

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

La ausencia injustificada de cualquiera de las partes supondrá el desistimiento de la mediación.

Una novedad de la Ley es la previsión de que las instituciones de mediación puedan celebrar sesiones informativas abiertas donde acudan las personas que estén interesadas en resolver sus controversias a través de la mediación. Estas sesiones no sustituirán a la sesión informativa obligatoria a la que tendrán acudir en caso de iniciar el procedimiento de mediación.

Una vez informada las partes, se celebrará la sesión constitutiva. Ésta será la de comienzo al procedimiento de mediación. De la sesión constitutiva se levantará acta que tendrá que contener: la identificación de las partes; la

²⁴ En todo caso, establece la ley que el sometimiento a mediación suspende la prescripción o caducidad y se reanuda el cómputo en caso de no llegar a acuerdo.

designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; el lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

Antes de comenzar con el procedimiento de mediación propiamente dicho, es necesario que se reflexione sobre quién deben participar en el procedimiento de mediación. Parece de fácil solución: las partes del conflicto y el menor en su caso, para poder dar su opinión en los temas que le afecten. No obstante, hay terceras personas que pueden ejercer un control brutal en la mediación. Piénsese en algunos abogados que persiguen la defensa de sus posturas personales; abuelos posesivos; nuevas parejas. Parece que llevar a mediación a estas terceras personas puede resultar de ayuda al éxito de la mediación. El motivo principal es porque sabiendo cómo se ha desarrollado el procedimiento, hasta dónde pueden llegar las partes, es más difícil que puedan ejercer esa postura dominante sobre las partes del conflicto. Lógicamente, el conflicto es personal y por ende, no deben estar en todas las sesiones puesto que eso pervertiría el significado de la mediación. Pero sí, darles la oportunidad de saber cómo se lleva a cabo, con la simple finalidad de evitar el boicot a la mediación. Para ello, será necesario que tanto el mediador como las partes negocien la forma y alcance de la participación²⁵.

Una vez constituida la mediación, se desarrollarán todas las sesiones que se estimen oportunas para el acercamiento de las posturas y en su caso, la facilitación del acuerdo que de por concluida la controversia. Durante el desarrollo de la mediación, podrán celebrarse sesiones conjuntas pero también es interesante, sobre todo en este tipo de conflictos, la realización de sesiones individuales (caucús) previstas en el artículo 21 de la Ley de mediación. Estos conflictos, sobre todo, tienen un alto componente emocional. Las sesiones conjuntas, en ocasiones, pueden generar tensiones entre las partes. El caucús, puede ayudar, en un momento determinado a la reducción de estas tensiones que pueden frustrar el objetivo de la mediación. La posible celebración de estas sesiones individuales debe ser manifestada por la persona que realice

25 SOLETO MUÑOZ, H, *El abogado colaborativo*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 108.

la sesión informativa para que las partes conozcan de su existen. El motivo principal de esta advertencia es que la celebración de un caucus, tiene una vertiente negativa: las dudas que puede generar en torno a la neutralidad e imparcialidad del mediador²⁶. Durante las sesiones individuales, se hará la previsión a las partes de que todo lo que se diga en las mismas, será confidencial salvo que de su consentimiento expreso para que la información pueda ser llevada al espacio común.

Durante el desarrollo de estas sesiones se llevarán a cabo diversas fases: de exposición de las partes (en la que cada interviniente deberá exponer los hechos y el conflicto tal y como lo percibe); fase de negociación (en ella el mediador debe hacer la actividad de acercar a las partes en conflicto manteniendo reuniones, identificando los intereses y necesidades de cada una de las partes); fase de trabajo conjunto (intentando encontrar una visión conjunta del conflicto y instando a las partes para que propongan soluciones al conflicto); fase de valoración y discusión entre las opciones y alternativas generadas; y fase de conclusión (donde se adopta el acuerdo)²⁷.

Estas fases de la mediación se desarrollarán en una serie de microtécnicas: escucha activa; asertividad; proactividad; reenmarcación; normalización; enfoque al futuro; y síntesis o resumen. Estas microtécnicas, ayudarán a una mejor negociación que, sin lugar a dudas, es la base de toda mediación.

Se debe hacer especial hincapié en la importancia de que el mediador tenga el conocimiento completo de la situación porque sólo así, puede adentrarse en una mejor comunicación con las partes. Que exista una buena comunicación entre las partes, es esencial en la mediación pues finalmente, son ellas las que tienen el control del proceso (desde su inicio hasta su finalización) y no se debe perder de vista, que quizás la mala comunicación entre las partes es lo que haya llevado al surgimiento del conflicto. Básicamente, el mediador

26 GARCÍA- HERRERA, A, «Los sentimientos y las emociones en el procedimiento de mediación» en *Revista de Mediación*, 2017, núm. 10, (disponible en <https://revistade-mediacion.com>).

27 BARONA VILAR, S, «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje» en GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N; SANZ HERMIDA, A; ORTÍZ PRADILLO, JC (Coords.), *Mediación: un método de ? conflictos : estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pág. 88-90. MARTÍNEZ- PECINO, R; MUNDUARTE, L; y MEDINA, FJ, «La gestión de conflictos organizacionales por medios extrajudiciales», en *Papeles del Psicólogo*, 2008, Vol. 29, <http://www.cop.es/papeles>, pág. 43. «Mediación on-line», en *Revista de contratación electrónica*, núm. 94, Junio 2008.

lo que necesita es conocer las necesidades e intereses de las partes y para ello, utilizará la técnica de la *escucha activa*. Por ello, el mediador se reunirá, de forma individual o conjunta, con las partes para poder llegar a un mejor entendimiento de las diferencias entre las partes y ayudarles a resolver la controversia²⁸. El número de sesiones así como el modo en que éstas se realizan -de forma individual o conjunta- será decisión del mediador atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

La utilización del lenguaje, también supone un complemento importante para llegar a un buen acuerdo. Algo que se le achaca al proceso judicial, es la utilización de terminología técnica que las partes no entienden. Con la mediación y gracias al principio de flexibilidad, el lenguaje del procedimiento puede ajustarse a las necesidades de las propias partes. Por ello, se afirma que el mediador debe ser asertivo con las partes puesto que efectivamente, con esta opción, se genera una situación de seguridad para los integrantes del proceso de mediación.

Por supuesto, el mediador debe reenmarcar el mensaje para facilitar la comprensión y asimilación de la información por ambas partes, es decir, para dotar de fluidez al proceso de comunicación. En cualquier caso, el mediador debe normalizar la situación mediante la descripción objetiva de la exposición de la parte.

Por la propia naturaleza internacional de algunos conflictos, Internet, se dispone como una herramienta para garantizar eficazmente el desarrollo del proceso de mediación y que sin duda rebajará el coste económico del mismo. Incluso se puede determinar que en este tipo de mediaciones, lo ideal es que se utilicen las herramientas que proporcionan las nuevas tecnologías. Por ejemplo, pueden utilizarse la videoconferencia para celebrar las reuniones necesarias durante la tramitación del procedimiento de mediación y así las partes, no tendrán la necesidad de trasladarse de un lugar a otro para poder desarrollar la mediación²⁹. Esta opción, viene recogida en el artículo 24 de la Ley 5/2012, que establece:

Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los

²⁸ Vid. <http://www.lexjuridica.com>

²⁹ Vid. MONTESINOS GARCÍA, A, «Mediación on-line», en *Revista de contratación electrónica*, núm. 94, Junio 2008.

principios de la mediación previstos en esta Ley. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes³⁰.

En un conflicto hay que distinguir entre las posiciones y los intereses de las partes porque tan sólo cuando las mismas se centran en los intereses pueden llegar a acuerdo satisfactorio para ambas partes. En caso contrario, las negociaciones se romperán y el conflicto no podrá ser solucionado por la mediación. En el proceso judicial, cada parte busca que la resolución que pone fin al conflicto refleje su posición inicial. En la mediación, se persigue el acercamiento de posiciones y la satisfacción del máximo número de intereses posibles ya que una buena negociación demuestra la existencia de muchos más intereses compartidos que opuestos³¹.

Hay que señalar que aunque las partes son dueñas absolutas del procedimiento de mediación: en cuanto a estructura, normas de procedimiento, etc., el mediador puede ayudar mucho en este tema. Es decir, cuando el mediador cuenta con el compromiso de las partes para someter su controversia a mediación, deberá diseñar un *plan de mediación*, que se irá delineando a lo largo de las sesiones pues dependerá del comportamiento de las partes en el procedimiento mismo³².

30 A este respecto, la Disposición Final Séptima de la Ley 5/2012, bajo el título *Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad*, establece que: “el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes”.

31 CARULLA BENÍTEZ, P, «La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales»... op. cit.

32 MOORE, C, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, argentina, 1986, pág. 173 y ss. El autor señala que con este plan de mediación, el mediador, puede considerar ciertas cuestiones críticas para el éxito del objetivo del procedimiento de mediación. Estas cuestiones, se refieren a: quién debe participar en la mediación; cuál es el mejor ámbito, qué procedimiento se utilizará; cómo se ordenarán los puntos específicos que haya que tratar, etc.

El mediador, podrá ser empático, flexible, tener capacidad de escucha activa, pero nunca podrá hacer juicios de valor sobre el caso o las partes que se presentan. Por otro lado, podrá ser pasivo, tan sólo enfatiza las posibles soluciones que las partes van dando. Pero puede resultar activo. En este sentido, el mediador, si hacer juicios de valor (justo/injusto; correcto/incorrecto) podrá generar opciones de solución. En el tema que nos atañe: el mediador tiene la opción de anunciar a las partes las posibles opciones existente y los beneficios de las mismas . serán ellas, a través del diálogo, las que adopten la decisión que más favorezca a las circunstancias del caso y siempre teniendo en cuenta, que en caso de menores, será necesaria la aprobación u homologación judicial.

En cuanto al contenido del procedimiento de mediación, puede ser variado: por un lado, los efectos económicos del divorcio y por otro lo relativo a las relaciones personales. En cuanto a las relaciones personales que es lo que nos incumbe, la mediación puede ser una herramienta válida y eficaz para que las partes puedan llegar a plantear la custodia compartida como la mejor opción para los hijos.

Con la mediación, pueden entender mejor a la otra parte y jutas pueden comprender que en todas las decisiones que adopten debe primar el «interés superior del menor». de este modo y teniendo en cuenta los criterios en lo que la jurisprudencia se basa para la adopción de custodia compartida, las partes, ayudadas por el mediador, pueden rebajar la tensión y llegar al convencimiento de que la custodia compartida es la mejor opción de vida para el menor.

En el momento inicial del cese de la convivencia, puede que los progenitores no se planteen la posibilidad de la custodia alterna o compartida. En un primer momento, anteponen sus intereses frente al de los hijos, de forma inevitable. Ambos progenitores, piensan que estarán mejor con él que con a otra parte. En ocasiones, los padres utilizan a sus hijos como verdaderos escudos frente a las pretensiones de las otras partes. Y esta conflictividad puede influir de forma negativa en el normal desarrollo del menor de edad. Es por lo que esta conflictividad tiene que terminar. En pocas ocasiones, los tribunales ayudan a la pacificación del conflicto. La imposición de una solución no es pacificar a las partes. El conflicto seguirá latente y, puesto que la relación debe continuar, en cualquier momento saltará de nuevo y provocará la escalada del mismo con el consiguiente perjuicio para el menor. cuanto más conflicto, más impacto tienen los efectos negativos del divorcio en la vida y desarrollo del

menor. La reducción de conflictividad es indispensable cuando puede afectar a menores de edad.

Entonces, cómo puede ayudar la mediación al otorgamiento de la custodia compartida: en primer lugar, puede hacer recapacitar a las partes sobre las necesidades de los menores de estar con ambos progenitores y así poder decidir ambos este régimen; en segundo lugar, pueden escuchar al meno en un ambiente más relajado que un tribunal; en tercer lugar, podrán decidir, atendiendo a las circunstancias reales del menor, el modelo de alternancia que crean más conveniente; en cuarto lugar; abrirá el espacio de diálogo y comunicación entre los progenitores; y en quinto lugar; la tónica habitual de los juzgados es el otorgamiento de la custodia compartida cuando es solicitada por ambos progenitores. En definitiva como afirma MARTÍNEZ RODRÍGUEZ: la mediación puede intentar que ambos progenitores entiendan la importancia que el otro tiene en la vida y desarrollo del menor y los dos respeten el espacio del otro³³.

II. HACIA DONDE DEBE IR LA MEDIACIÓN

Debemos partir de la voluntariedad como principio inspirador de la mediación. Ciertamente es que cuando a las partes se les obliga a llegar a un acuerdo, este será, en la mayoría de las ocasiones, incumplido, como lo pueden ser las sentencias judiciales donde el tercero revestido de potestas e imperium, resuelve la controversia.

No obstante, la constante devaluación de la administración de justicia por parte de los ciudadanos, provocada por la lentitud de los procedimientos, el coste emocional y económico que conlleva y la respuesta judicial que en la mayor parte de las ocasiones no satisface a ninguna de las partes, nos tiene que hacer pensar en buscar otras vías con las que salvemos la situación.

Actualmente, todas las relaciones sociales, de cualquier índole, tienden a su judicialización. Las partes, ante un conflicto acuden al órgano judicial para que les resuelva la controversia. Y, como regla general, este tiene la obligación e imperativo legal de este dar respuesta a todos los asuntos que se les sometan a su conocimiento. Esta judicialización junto con la prole de requisitos procedimentales con los que cuentan nuestras leyes de enjuiciamiento, provoca un

³³ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N, «Mediación y guarda y custodia de menores» en MARTÍN DÍZ, F. (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pág. 133.

colapso en la justicia y por ende, el retraso en las respuestas a los conflictos. En algunas ocasiones, las respuestas tardías pueden resultar ineficaces.

En el derecho de familia, cuando existen hijos menores, es necesario que se busquen mecanismos que garanticen la rapidez, la reducción del coste emocional y económico del procedimiento y la disminución del impacto del divorcio y del conflicto en los hijos menores de edad existentes.

Hilando la mediación con la petición de la guarda y custodia compartida, resulta que la primera es la mejor opción. La voluntad de los progenitores en la ausencia de conflictos debe ser conseguida. En muchas de las veces, tras la ruptura sentimental, esto resulta imposible. Por ello, el mediador, puede ayudar a las partes a conseguir este fin. No se trata de que tenga una relación idílica, pero sí que tengan una comunicación fluida y respetuosa que permita a los hijos sentir la protección y el cariño de ambos progenitores.

Desde este punto de vista, la mediación puede ser la solución más acertada para el ámbito del derecho de familia. De este modo, nuestra propuesta que creemos que puede mejorar la situación actual se centra en la institucionalización de la mediación como un paso más a seguir por las partes para conseguir la solución del conflicto en los divorcios controvertidos. Es decir, que la mediación no dependa de la buena voluntad de los órganos judiciales de derivar a mediación el conflicto.

Específicamente, nuestra propuesta sería que las partes que inicien un procedimiento de divorcio contencioso o modificación de medidas de forma contenciosa: tengan que acudir a una sesión informativa de la mediación, como requisitos de procedimiento. Si quieren continuar con la mediación porque entienden que puede ser beneficiosa, llegados a un acuerdo, el órgano judicial aprobará el convenio presentado.

En caso de que no quieran continuar con la mediación, el procedimiento seguirá por los trámites establecidos en el artículo 770LEC. En estos casos, el órgano judicial no tendrá en cuenta ninguna información que se haya podido dar en el procedimiento de mediación, bajo el auspicio del principio de confidencialidad. Tampoco valorará la actitud de las partes en el procedimiento.

Esto permitirá dar a las partes la oportunidad de poder abrir el espacio de comunicación, tan necesario en estos conflictos por la necesidad de perdurabilidad de la relación en el tiempo.

Como dijimos en su momento, someter el conflicto a mediación no significa necesariamente que las partes tengan que llegar a acuerdo. En cualquier momento se puede dar por finalizada porque se entienda que no se llegará

a un acuerdo pero las partes se han comunicado y han comprobado la importancia del diálogo en este tipo de conflictos. Por ello, es necesario que la mediación familiar la haga un mediador preparado que ayude a las partes a salir del conflicto enconado y, sobre todo, que entiendan la importancia de la comunicación en una relación que tiene que perdurar en el tiempo.

1. Posibles inconvenientes

Entre los posibles inconvenientes que nos podemos encontrar se puede destacar: la ubicación o el encaje de la mediación en el procedimiento judicial y la posible limitación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Hemos dicho que la mediación podría establecerse como un requisito de procedimiento. En este sentido existen dos opciones:

1. Como requisito de procedibilidad: solo se puede presentar la demanda si las partes acreditan que han acudido a una sesión mediación.

2. Que el requisito de procedibilidad esté dentro del procedimiento judicial. Es decir, presentada la demanda, las partes deben, necesaria y obligatoriamente, acudir a una sesión informativa de mediación.

Con ambas posibilidades las partes tienen la opción de seguir con el procedimiento judicial si entienden que la mediación no les ayudará a resolver las diferencias.

En nuestra opinión, la segunda opción parece la más acertada. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el carácter indisponible y la necesaria intervención del órgano judicial y MF en los asuntos que puedan afectar a menores. Suponemos que la tasa de éxito en esta segunda opción, puede resultar mayor por varios motivos: en primer lugar, las partes ya ven que están en el procedimiento judicial; en segundo lugar, cuando deciden no continuar con la mediación, tan solo tienen que esperar la vista ante el juez; en tercer lugar, cuando la mediación finaliza con acuerdo, es casi automática su aprobación; y en cuarto lugar, creo que las partes, le darán una oportunidad mayor cuando esté dentro del procedimiento.

Debemos partir de que los datos ofrecidos por la experiencia demuestran que todo lo que se obligue a las partes en mediación, puede perjudicar la tasa de éxito. Así, resulta que las derivaciones a mediación en el año 2017 tienen un porcentaje de acierto del 11%. En el siguiente gráfico podemos comprobar los porcentajes de éxito de las mediación entre 2009-2017.

NADIE PIERDE

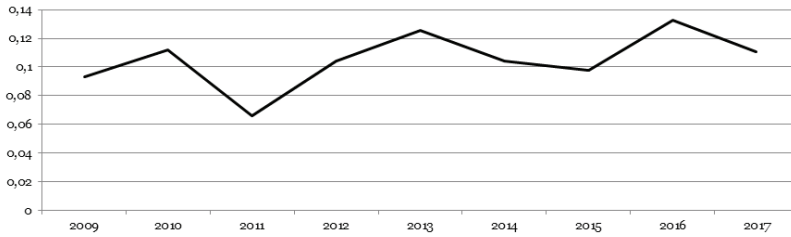


Gráfico 13. Éxito de las derivaciones.

Por CCAA, el porcentaje mayor de éxito en las derivaciones lo tiene Castilla La Mancha (33,57%), seguidos de Islas Baleares (casi 24 %) y País Vasco (algo más del 21%):

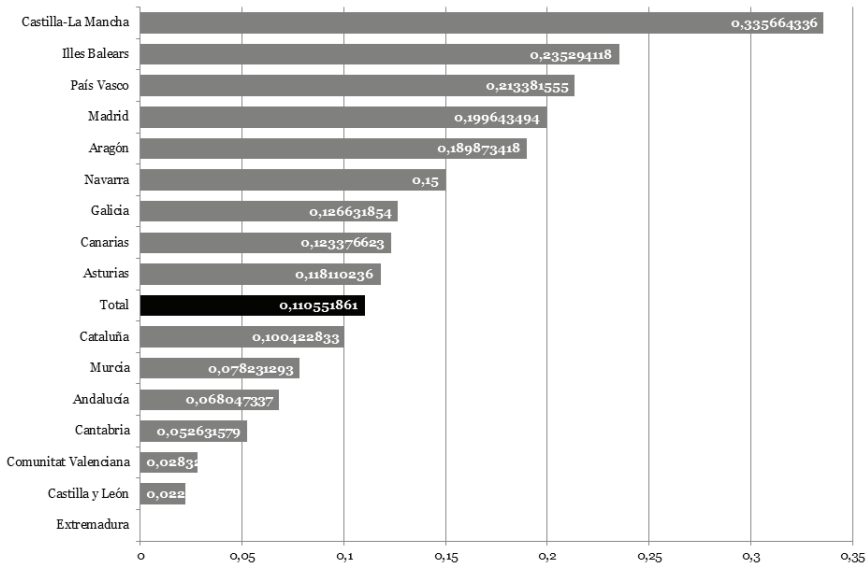


Gráfico 14. Éxito de las derivaciones por CCAA.

A pesar de ello, confiamos en la necesidad de que todos los conflictos sobre esta materia, pasen por mediación- en cualquiera de las fórmulas planteadas- siempre que las circunstancias individuales del caso así lo aconsejen.

Pero, como habíamos adelantado anteriormente, a esta afirmación le encontramos un límite: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El contenido esencial de este derecho se cimienta en tres pilares básicos: el derecho de acción; el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del

asunto motivada, fundada en derecho y congruente; y el derecho a la ejecución de los resuelto.

Pues bien, en lo que concierne a la propuesta realizada, es el primer pilar el que puede verse afectado. A este respecto señala el TC³⁴:

Al respecto tenemos dicho que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos. De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución.

Ya existen algunas legislaciones que prevén la mediación como requisito de procedibilidad: la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social; la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; y la LEC permite que el órgano judicial suspenda el procedimiento con la finalidad de que las partes acudan a mediación. Todas contienen la prescripción de que para la presentación de la demanda es necesario contar con el documento que acredite el intento de conciliación/mediación; o les obliga a acudir a una sesión informativa.

Un argumento que puede utilizarse para la entender que la medida no contraria los mandatos del artículo 24.2 CE es la agilización de la justicia lo que supondrá la obtención de una respuesta más rápida y por supuesto el cumplimiento al derecho fundamental del proceso sin dilaciones indebidas (24.2CE).

34 SSTC 220/1993, de 30 de junio; SSTC 140/1993, de 19 de abril; 12/1998, de 15 de enero; SSTC 4/1988, de 12 de enero; 141/1988, de 29 de junio, entre otras.

Por otro lado, la voluntariedad de la mediación no se ve conculcada con la institucionalización de la mediación. Es cierto que las partes, deberán acudir a una sesión informativa para poder proseguir con el procedimiento judicial o para continuar con el procedimiento de mediación. Pero, en ningún momento, se les obligará a resolver las controversias a través de la mediación. En caso de que las partes crean conveniente dar por finalizada la mediación en cualquier momento del procedimiento, podrán hacerlo y continuar con el procedimiento judicial.

Otro de los inconvenientes que pueden surgir en el entorno de la mediación se centra en el miedo a lo desconocido. Los operadores jurídicos que no conocen la mediación a fondo, piensan que con estas fórmulas en las que las partes pueden solucionar las controversias por ellas mismas, su figura está fuera de lugar. Pero no es así, muy al contrario. Cuando el divorcio es controvertido, las partes deben acudir a una sesión informativa de la mediación. Si deciden continuar con el procedimiento de mediación, las partes deben ser asesoradas. El mediador, aunque tenga conocimientos jurídicos, no ofrecerá asesoramiento legal a las partes para no perjudicar su imparcialidad y neutralidad. De este modo, el miedo que tienen algunos abogados a perder la cota de mercado si las controversias son solucionadas por mediación, resulta infundado. En este sentido, la mediación rebaja el nivel de conflictividad al que se deben enfrentar los abogados. No obstante, aunque las partes continúen con el procedimiento consensuado, necesitan: asesoramiento sobre el acuerdo; y representación y defensa para el procedimiento que se continúa para la aprobación judicial del acuerdo al que las partes, hubieran llegado en mediación. En este sentido, establece la Jurisprudencia³⁵:

La cuestión a debate en la naturaleza jurídica del acuerdo mediado que alcanzan las partes el 13/05/2010 (documental) y su eficacia jurídica en este proceso, habida cuenta que dicho acuerdo no fue trasladado al convenio regulador a que se refiere el artículo 90 del Código Civil ni el proceso tramitado por la vía consensual del artículo 777 de la L.E.C. A este respecto ha de señalarse que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la Ley 5/2012 llama acta final (artículo 22-3) o acuerdo de mediación (artículo 23) deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente.

Esta situación de temor, es también extrapolable a la figura del juez. Este tendrá las mismas facultades puesto que en caso de la existencia de acuerdo,

35 SSTs de 17 de octubre de 2007 (RJ 7307); de 15 de febrero de 2002 (RJ 1619).

será necesaria su homologación judicial a través de la sentencia que dicte. En caso de que entienda que el acuerdo puede perjudicar al menor o a alguna de las partes, el órgano judicial no procederá a aprobarlo y, en última instancia, deberá decidir sobre los extremos perjudicados. Con la institución de la mediación, el juez comprobará una descongestión en la carga de trabajo y una disminución del mismo. Lo que le permite dedicarse a otros asuntos que requieran su intervención.

En cuanto al costo de las mediaciones públicas: es decir aquellas que están conectadas a los órganos judiciales, es algo contradictorio determinar quién lo sufraga. En este sentido, debe entenderse que estas mediaciones deben ser sufragadas por los presupuestos estatales. Puestos que en caso se que las partes asumieran el coste, estaríamos agravando el gasto del procedimiento judicial y por tanto, prohibiendo a algunos ciudadanos el acceso a los tribunales. La mediación institucionalizada, debe entenderse como un paso más del procedimiento judicial y como tal, debe ser sufragada a través de los presupuestos Generales del Estado.

Lógicamente, en caso de que las partes decidan acudir a la mediación antes de jurisdiccionalizar el conflicto, parece evidente que serán las partes las que sufragarán el coste que supone la mediación.

2. Ventajas que mejoran el sistema

La mediación puede mejorar notablemente el sistema de justicia. No solo por la agilización de la misma sino porque las partes serán las que finalmente, resuelvan sus controversias. De esta forma podrán sentir más satisfacción y beneficio de sus intereses.

En alguna ocasión hemos hecho referencia al papel del juez en el procedimiento judicial. Este ostenta la potestad Jurisdiccional, es decir, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. No obstante, el juez competente del caso, para su resolución atenderá a las circunstancias concretas del supuesto planteado pero no podrá entrar al detalle y mucho menos, podrá conocer de la parte emocional del conflicto.

Además, el derecho no puede alcanzar a la complejidad de las relaciones sociales en la forma en que estas se producen. El derecho siempre va un paso por atrás. En este sentido afirma MARTÍN DIZ³⁶:

³⁶ MARTÍN DIZ, F, «La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia» en MARTÍN DIZ, F (Coord.), *La*

El número, la tipología, la variedad y las dificultades de los conflictos y litigios sobrepasan en cierto modo al Derecho, y lo superan, tanto en su vertiente material, como en su vertiente litigiosa, por cuanto los diferentes sistemas ideados para la resolución del conflicto, el sistema jurisdiccional, no puede asumir el aumento de conflictividad, su especialidad y variabilidad.

Con la mediación, sin embargo, se llega o se puede llegar a aspectos más emocionales. Ir al inicio o al foco del conflicto y desde ahí, poder ir abriendo el espacio de comunicación entre las partes que le permitan empatizar con los intereses de la otra. Con la mediación, no se pretende una terapia familiar que resuelva el conflicto. Sino que la existencia de conflicto no suponga el estancamiento de la comunicación para el bien de las partes y el de sus hijos. La mediación, en este tipo de conflictos, permite adecuar la solución a las necesidades concretas. Y no como puede ocurrir en la jurisdicción, donde las necesidades concretas se adaptan a la solución impuesta por un tercero ajeno a la cotidianidad de la estructura.

En definitiva, hay que entender que cuando se produce un divorcio con hijos, la estructura familiar va a seguir existiendo. Ya no hay pareja pero sí progenitores comunes de un hijo. Y esa relación se perpetuará en el tiempo. La mediación permite decidir a las partes como quieren continuar con la relación desde el momento de su ruptura. Y que esa decisión, se adapte a lo que ellos necesitan y quieren realmente.

En cuanto a los hijos: tan solo quieren sentirse seguros, protegidos y queridos en la nueva estructura familiar. Si la relación durante la convivencia de sus progenitores ha sido estable y siempre que el menor no sufra SAP, los hijos menores quieren tener en su vida cotidiana a ambos progenitores. Quieren poder relacionarse con ambos progenitores sin que un régimen de visitas o una comunicación predispuesta por un tercero que no conoce sus necesidades, limite esta relación.

Los menores, podrán participar en el procedimiento de mediación. Quizás la participación en este entorno más amigable, sea menos traumática para él. Y con su intervención, puede decir qué situación le gusta más, qué es lo que quiere realmente. Y los progenitores, podrán decidir conforme a su intervención.

Con la mediación, el único límite que existe es no se perjudique el «interés superior del menor» y que no sean contrarias a Derecho. Así las partes, po-

mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis. Andavira editora, Santiago de Compostela, 2011, pág. 25.

drán adoptar las decisiones que estimen convenientes por el bien del menor y para que la nueva estructura familiar sea lo más idónea para el desarrollo personal, emocional e intelectual del menor.

En este sentido, podemos afirmar que con la mediación las partes en el conflicto podrán limar asperezas, el conflicto se rebajará, cuando no desaparezca, y por tanto, nos puede llevar a aseverar que con la mediación se puede conseguir reducir el impacto de los efectos negativos de los divorcios o cese de la convivencia de los progenitores, en los hijos menores de edad.

III. UN PASO MÁS: EL DERECHO COLABORATIVO

La ruptura de una pareja, tiene diversos componentes que deben ser tratados en el procedimiento. Por un lado, los económicos, es decir, los que tienen que ver con el patrimonio existente en la sociedad de bienes del matrimonio, como los relativos a la capacidad económica que debe surtir efectos desde el cese de la convivencia. El otro componente, el más delicado, el emocional, y no solo de las partes, niño de los menores involucrados en el procedimiento de divorcio.

Es evidente, que cada persona individualmente considerada, asume o afronta los conflictos de una forma determinada y diferente como tuvimos ocasión de ver. Si a ello sumamos, la peculiaridad del conflicto familiar, el tema es aun más complicado de gestionar. Es por ello, que no todos los conflictos pueden ser sometidos a la misma forma de resolución. Existen personas, que necesitan un apoyo diferente más cualificado que el del mediador que, es cierto, debe tratar a las dos partes por igual, sin inclinarse en la ayuda o más empatía de una de ellas.

Esto no significa que la mediación no pueda ser una vía útil para resolver estos conflictos, sino que quizás debemos cambiar nuestro pensamiento y para conseguir el máximo beneficio de la nueva situación, tanto las partes directamente, como los hijos menores de edad a su cargo.

Esta modalidad, denominada derecho colaborativo, supone aplicar el principio de colaboración para disipar la controversia. Supone, como señala SOLETO MUÑOZ, ofrece a la clientela la posibilidad de ir más allá en las posiciones, manifestando los intereses y satisfaciendo de las necesidades³⁷.

En el tema de guarda y custodia, puede resultar de gran ayuda. Para la

37 SOLETO MUÑOZ, H, *El abogado...* op. cit., pág. 169.

concesión de la custodia alterna o compartida, se exigen la concurrencia de una serie de criterios. La no concurrencia de los mismos, está llevando a los órganos judiciales a su rechazo total.

En un principio, las partes pueden partir de una oposición frontal de posturas. Peor con esta modalidad de ayuda a la gestión del conflicto, puede conseguirse el acercamiento de las mismas.

Tiene su origen en EEUU en los años noventa y es una práctica que se está extendiendo por los diferentes países. En España, se ha creado la Federación de Derecho y Práctica Colaborativa donde se aglutinan todas las asociaciones de Derecho Colaborativo a nivel nacional. Existen diferentes asociaciones de derecho colaborativo: Euskadi, Madrid, Asturias, Navarra, Galicia, Comunidad Valenciana y Cataluña. Mediante estas Asociaciones, se agrupan a todos los profesionales que practiquen el Derecho Colaborativo, cualquiera que sea su disciplina y promocionan la metodología y práctica del derecho colaborativo, entre otros fines.

El derecho colaborativo, se basa en los principios de la mediación y utiliza técnicas de la negociación. Al igual que en otros medios alternativos de solución de conflictos, las partes son las únicas protagonistas para la adopción de soluciones. Ser abogado colaborativo es una forma de trabajar. Es intentar centrarse en las necesidades e intereses de las partes. es decir, el abogado colaborativo, ayuda a las partes a gestionar sus emociones y a adoptar una solución acordada y que satisfaga a las partes realmente.

No obstante, el abogado colaborativo no trabaja solo. Todas sus labores de ayuda a las partes las hace junto con un equipo de profesionales: economistas, psicólogos, psiquiatras, notarios, pedagogos, graduados sociales...). De esta forma, se intenta que los efectos negativos del cese de la convivencia no impacten de forma negativa en el desarrollo de las relaciones de las partes y mucho menor, en el desarrollo vital del menor de edad.

En el caso de la voluntad de las partes de la guarda y custodia compartida, podrán examinar, junto con todos estos profesionales, la existencia o no de los criterios a los que atiende la jurisprudencia. Y, en cualquier caso, podrán tener la ayuda necesaria para poder adoptar un acuerdo que mejor satisfaga los intereses del menor, en este caso. Y ello, sin poner en peligro las relaciones paterno-filiales.

La utilización del derecho colaborativo, puede ayudar tanto a las partes como al menor, a llegar a entender que lo que ocurre en el caso de la ruptura de las partes, es simplemente, un modo nuevo de estructura familiar

que en nada afectará a las relaciones con ambos progenitores ni en su vida actual.

Con la práctica colaborativa, se señalan diversas ventajas. La principal puede sustentarse en la reducción del conflicto existente, lo que redundará en la buena relación de futuro entre las partes. Es decir, cuando las partes, adoptan una solución, ayudados por terceros profesionales, se sienten más seguros de las decisiones adoptadas y creemos que es fundamental para evitar su surgimiento en el futuro³⁸.

Si el derecho colaborativo, tiene un ámbito de aplicación idóneo y apto, este es el derecho de familia. Sobre todo, las rupturas de pareja y más cuando estas tienen hijos menores a su cargo. La necesidad de profesionales con los que no se cuenta en la Administración de Justicia, parece un soplo de aire nuevo a estas parejas en crisis. Todos estos profesionales que intervienen pueden ayudar a las partes a ajustarse y a someterse mejor a su nueva estructura familiar porque muchos de estos conflictos, que en gran parte son emocionales, esconden gran componente rabia, frustración que bien canalizada, puede ayudar al acercamiento, al diálogo entre las partes y como no a la consecución de un acuerdo satisfactorio y penalmente, voluntario.

Al igual que la mediación, el derecho colaborativo puede utilizarse en diferentes momentos:

1. Antes del inicio del conflicto: para la adopción del plan en prevención de la ruptura. Actualmente, estos planes solo tienen vigencia en aquellas CCAA donde existe una regulación específica de la corresponsabilidad parental. En el ordenamiento general, se prevé a utilización de estos planes por el Ante-

38 Señala la profesora SOLETO MUÑOZ que los principales beneficios de la práctica colaborativa son: Participan en un procedimiento constructivo y no destructivo de su relación.; Recuperan la responsabilidad sobre la gestión de su conflicto; Retienen el control de la forma de resolución de su conflicto, reduciendo la incertidumbre; Adecúan el acuerdo a las necesidades de cada parte; Tramitan el procedimiento Colaborativo en un entorno seguro y agradable como son los despachos de sus abogados u otros que los abogados consideren adecuados (por ejemplo, salas de hoteles, despachos de mediadores, etc.); Consiguen el establecimiento de unos honorarios cerrados para todo el procedimiento; Consiguen confidencialidad sobre la existencia del proceso y sus resultados; Evitan conflictos futuros o se reducen al establecerse bases sólidas en la resolución del conflicto. En «Derecho Colaborativo: nuevo paradigma en el ejercicio profesional de los abogados» en *Consejo General de la Abogacía española*, enero, 2018. <https://www.abogacia.es/2018/01/18/derecho-colaborativo-nuevo-paradigma-en-el-ejercicio-profesional-de-los-abogados/?lang=es>

proyecto de Ley de sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

2. Para la elaboración del plan de parentalidad o convenio regulador. Cuando las partes se encuentran inmersos en el conflicto que conlleva el cese de la convivencia cuando existen hijos menores o se encuentran inmersas en un conflicto sobre la guarda y custodia de los hijos.

Sin embargo, decimos que el derecho colaborativo es dar un paso más con respecto a los métodos conocidos. Pero, ¿por qué?: en nuestra opinión, y dejando de lado la litigiosidad del conflicto conectada a los tribunales, la utilización de esta práctica colaborativa, supone un plus con respecto a la mediación. El asesoramiento en estas prácticas de derecho colaborativo, es completa en diferentes materias. Es decir, las partes, encuentran asesoramiento completo durante la negociación. Con la mediación, ya dijimos que los abogados, como regla general no tendrán cabida en los procedimientos de mediación- lo que no significa que no pueda contar con asesoramiento legal, pero no dentro de la mediación. Sin embargo, cuando las partes deciden contar con un abogado colaborativo, saben que van a tener asesoramiento legal durante la negociación, en “tiempo real”. Y no solo asesoramiento legal, sino cualquier tipo de profesional que la complejidad o circunstancias concretas del caso requieran. Y todos estos expertos, trabajarán de forma neutral inspirados en el principio de la confidencialidad. Esto es: las partes contarán con un asesoramiento integral imparcial, neutral y confidencial.

Lógicamente, hemos venido repitiendo que todas las prácticas alternativas o complementarias a la vía judicial, dependerán de las circunstancias que el caso concreto presente. Si bien es cierto que hemos advertido que en el caso en que se discute la custodia compartida o los efectos del cese de la convivencia o el divorcio, la práctica colaborativa es adecuada, no lo es menos, que el abogado colaborativo tendrá que comprobar la idoneidad de esta práctica al caso en cuestión³⁹.

Comprobada la adecuación del caso concreto al derecho colaborativa, será necesario que los abogados de ambas partes estén formados en esta práctica –en caso contrario, es una de las causas de inadecuación–. Debe aclararse que cada parte tendrá su propio abogado con formación en derecho colabo-

39 SOLETO MUÑOZ, H, *El abogado...* op. cit., pág. 180-181. Establece la autora que las circunstancias que en principio pueden determinar la adecuación del caso al derecho colaborativo son: falta de transparencia en el procedimiento; falta de capacidad del abogado; falta de buena fe; materias de *ius cogens*.

rativo que le asesorará en todo el procedimiento de negociación. Se señala como ventaja del derecho colaborativo, la imposibilidad que tiene el abogado colaborativo que representan a las partes de ostentar la defensa técnica en los procedimientos contenciosos que se susciten ante los tribunales, en caso de que no se llegara a acuerdo⁴⁰. No obstante, cuando es necesario acudir a los tribunales a pesar de haber llegado a acuerdo, el abogado colaborativo, podrá realizar una representación limitada⁴¹.

En definitiva, parece que con esta práctica colaborativa y siempre que las circunstancias del caso lo aconsejen, se podrá ayudar a la gestión de los conflictos surgidos con respecto a la guarda y custodia de los hijos menores, en particular y sobre los efectos del divorcio, en general. Esta práctica traerá numerosas ventajas para las partes que recuperan el control en la gestión del conflicto, adecuando el acuerdo a las situaciones particulares de cada parte y a las realidades cotidianas que solo ellos conocen. Podrán ser asesorados y ayudados por terceros profesionales de diferentes ámbitos, de forma neutral y confidencial. Y, sobre todo, evitarán la destrucción de las relaciones entre los progenitores beneficiando a que el impacto del divorcio en el menor se reduzca e incluso desaparezcan.

Buscar formas nuevas con las que se pueda conseguir la verdadera protección de los menores en los procedimientos de divorcio, es una tarea que nos incumbe a todos. Evitar o disminuir los perjuicios supone el cambio de vida tras el divorcio o el cese de convivencia de sus padres debe ser el objetivo común. Evidentemente, la crisis por la que pasa la Administración de Justicia y el sentido propio que tiene la labor de los jueces y magistrados, no permite que entren a valorar de forma pormenorizada las situaciones cotidianas de cada menor. Es decir, con la justicia tradicional, la carga emocional de estos asuntos, no puede ser tratada o resuelta por el órgano judicial que tan solo impone una serie de medidas que afectan a las partes y los menores, ajustadas a derecho, a falta de acuerdo entre las partes.

40 ESTEVE ESTEVE, P, «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos» en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, 2016, pág. 76. Se advierte por la autora que esto es una de las principales diferencias entre la mediación y la práctica colaborativa. Dice la autora que cuando en un procedimiento de mediación no se llegue a acuerdo, ninguna norma deontológica impide que los asesores en el procedimiento de mediación se encarguen de la defensa técnica en el procedimiento adversarial.

41 SOLETO MUÑOZ, H, *El abogado...* op. cit., pág. 172. Señala la autora como ejemplo, la presentación de demanda de divorcio de mutuo acuerdo conforme al artículo 777 LEC.

Con todos estos métodos alternativos o complementarios a la justicia tradicional, se puede conseguir hacer entender que la ruptura de sus progenitores, tan solo supone un cambio en la estructura familiar. Por ello, cuanto mejor sea la relación entre sus progenitores, mayor será el sentimiento de protección del menor. De esta forma, cuando se gestiona el conflicto por métodos en los que es imprescindible y fundamental la apertura del diálogo y la comunicación, en un entorno de respeto, es más fácil que puedan entender la importancia de esta herramienta para las relaciones futuras.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR REDORTA, L., «Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para valorar el interés del menor» en AA.VV., *Separación y divorcio*, CGPJ, Madrid, 2006.
- ALASCIO CARRASCO, L., «El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007» en *Indret*, núm. 1/2008. (<http://www.indret.com>).
- ALFONSO RODRÍGUEZ, E., «Comentarios al artículo 91 del Código Civil» en *Comentarios del Código Civil*, Civitas, Madrid, 2016 (Consultado en Aranzadi BIB 5958).
- ALZATE SAÉZ DE HEREDIA, R.,
- *Teoría del conflicto*, Universidad Complutense de Madrid, <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/alzate-el-conflicto-universidad-complutense.pdf>
 - *Resolución del conflicto. Programa para Bachillerato y ed. Secundaria*, Civitas, Madrid, 2000.
 - «La dinámica del conflicto», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, SOLETO MUÑOZ; OTERO PARGA [Coord.], Tecnos, Madrid, 2007.
- ARANGÜENA FANEGO, C y RODRÍGUEZ MERINO, A., «Comentarios a la disposición final primera de la Ley 15/2005» en GUILARTE GUTIÉRREZ, V (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- ARROYO, E., «Divorciarse ante notario: una opción rápida al alcance de todos», en *Escritura Pública*, enero-febrero 2016.
- BARBERO, T; PEÑA, E; GAJA, I; GALÁN, C., *Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. La nueva Ley del Divorcio*, Grupo Difusión, 2005.
- BARONA VILAR, S., «Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje» en GONZÁLEZ CUELLAR-SERRANO, N; SANZ HERMIDA, A; ORTÍZ PRADILLO, JC (Coords.), *Mediación: un método de ? conflictos : estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010.
- BELLO JANEIRO, D., «El derecho de familia en la Constitución Española», en HERRERA CAMPOS, R; BARRIENTOS RUIZ, MA (Eds.), *Derecho de familia en el Siglo XXI*, Volumen I, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011.
- BELTRÁN JANÉ, M., «La guarda y custodia compartida en el Código Civil y el Código Civil de Cataluña».

- BERGER, M; CICONNE, A; GUEDENEY, N; ROTTMAN, H., «Residencia alterna en niños menores de seis años: una situación de alto riesgo», *Asociación custodia en Positivo*.
- BERROCAL LANZAROT, A.,
- «La protección de los menores en situación de desamparo» en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 764, 2017.
 - «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 746, noviembre 2014.
- CALAZA LÓPEZ, S., *Proceso de familia y división de patrimonios*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- CARRASCO GONZÁLEZ, A.M., Gestión del conflicto. Estrategias de negociación y mediación, marzo, 2010 (<http://biblioteca.iplacex.cl/RCA/Gesti%C3%B3n%20del%20conflicto%20y%20estrategias%20de%20negociaci%C3%B3n%20y%20mediaci%C3%B3n.pdf>).
- CARRASCO PEREA., «La custodia compartida», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 648, 2004.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, 2016.
- CARULLA BENÍTEZ, P., «La mediación: una alternativa eficaz para resolver los conflictos empresariales», en *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1/2001, enero, 2001.
- CASADO CASADO., «Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial» en *Diario La Ley*, nº 9177, de 13 de abril de 2018.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guardia y Custodia de hijos menores*, La Ley, Madrid, 2007.
- CATALÁN FRÍAS, M.J., «La custodia compartida» en <http://www.padresdivorciados.es>
- CATALÁN, MJ; GARCÍA, MB; DE LA PEÑA, S; ALEMÁN, C; ARAGÓN, V; GARCÍA, MD; MARÍN, C; MATAS, AM; SOLER, C., «La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de si puesta en escena. Debate entre psicología y derecho» en *Anuario de psicología compartida*, vol. 17, 2007.
- CERVILLA GARZÓN, M.D.,
- «Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge», en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003.
 - *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- CLARE G.R., M. A., «El papel del abogado de la mediación empresarial», en VINYA-MATA, E., *Guerra y Paz en el trabajo: conflicto y conflictología en las organizaciones*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2004.
- CORDÓN MORENO, F., «Comentario al art. 19 de la LEC. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión» en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Madrid, 2001.
- CRUZ GALLARDO, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.
- DE DIEGO VALLEJO, R; GUILLÉN GESTISO, C., *Mediación. Procesos, tácticas y técnicas*, Editorial Pirámide, Madrid, 2006.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «La custodia compartida en los casos de violencia doméstica y el interés superior del menor» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 746, noviembre 2014.
- DE LA TORRE LASO, J., «La utilidad de los puntos de encuentro ante los procesos de violencia de género: un estudio jurisprudencial», *En Diario La Ley*, nº. 8993 de 5 de junio de 2017.
- ESCUDERO, A; AGUILERA, L; DE LA CRUZ, J., «La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»», en *Revista Asociación Española de Neuropsicología*, nº. 102, 2008.
- ESTEVE ESTEVE, P., «Abogado colaborativo: una nueva forma de resolución de conflictos» en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, 2016.
- FAINSILBER KATZ, L; GOTTMAN, J., «Patterns of Marital Conflict Predict Children's Internalizing and Externalizing Behaviors», en *Developmental Psychology*, November 1993, vol. 29.
- FARIÑA, F; SELJO, D; ARCE, R; VÁZQUEZ, M.J., «Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma» en *Anuario de psicología jurídica*, 2017.
- FAYOS GARDÓ, A., «Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes» en *Diario La Ley*, nº. 8459, de 15 de enero de 2015.
- FOLBERE, *Join custody and shared parenting*.
- GARCÍA ABURUZA, M.P., «Especialidades de la prueba en los procesos matrimoniales» en *Boletín Aranzadi civil-mercantil*, núm. 48/2002.
- GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GARCÍA HERRERA, A., «Los sentimientos y las emociones en el proceso de mediación», en *Revista de mediación*, nº 10, 2017 (<http://www.revistamediacion.com>).
- GARCÍA, M., *Los conflictos. Tipos*. <http://news.psykia.com/content/los-conflictos-tipos>

- GÓMEZ-ORTIZ, O.; MARTÍN, L.; ORTEGA-RUIZ, R., «Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil» en *Pensamiento psicológico*, vol. 15. Nº 2, 2017, pág. 68 y ss.
- GÓNZALEZ DEL POZO, J.P., «El uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia de los hijos: la interdependencia de ambas medidas en los procesos de familia» en *Elderecho.com* de 1 de junio de 2015. En (<http://www.elderecho.com>).
- GÓNZALEZ DEL POZO, J.P., «Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento» en *Diario La Ley*, nº. 6998, de 28 de julio de 2008.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentarios del nuevo artículo 81 del Código Civil» en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio Ley 14/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- GUILARTE MARTÍN- CALERO, C.,
- «La custodia compartida alternativa» en *Indret*, núm. 2/2008, pág. 18, (<http://www.indret.com>).
 - «Criterios de atribución de la custodia compartida» en *Indret.*, núm. 3/2010 (<http://www.indret.com>).
 - «Comentarios del nuevo artículo 92 del Código Civil», en GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio. Ley 14/2005, de 8 de julio*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- HUETE NOGUERAS, J.J., «Interés superior del menor y derecho a ser escuchado. Pronunciamientos jurisprudenciales en materia de protección de menores» en (<http://www.fiscal.es>).
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson- Aranzadi, Navarra, 3ª ed., 2005.
- IVARS RUIZ, J., *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- JORDÁ CAPITÁN, E., «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial», en *Revista Doctrinal Aranzadi civil-mercantil*, núm. 9, 2015.
- LACALLE SERRER, E; SANMARTÍN ESCRICHE, F., «Disposiciones comunes a los procedimientos matrimoniales», junio 2010 (disponible en <http://www.tirantonline.com> / TOL1.862.746).
- LARSON, JH y HOLMAN, T.B., «Premarital Predictors of Marital Quality and Stability» en *Family Relations*, 43, 1994.

- LÓPEZ DE ARGUMEDO, A; FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M., «El acuerdo de mediación», en *Diario La Ley*, núm. 8477, de 10 de febrero de 2015.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Comentarios al artículo 103 del Código Civil» en *Comentarios del Código Civil*, Civitas, Madrid, 2016 (Consultado en Aranzadi BIB 5965).
- LOPEZ GARCÍA, J.M., *Desestructuración familiar*, en *Diario de Galicia*, 25 de mayo de 2017 (versión on line. <http://www.diariogalicia.com>).
- MARÍN PEDREÑO, C; MAGÁN, J., «Pensión de alimentos: tendencia europea a las tablas» en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo 2014.
- MARSHAL, S., La mediación en la acción social, en *Revista de Educación Social*, núm. 2, 2004. (Vid. <http://www.eduso.net/res/>).
- MARTÍN DIZ, F., «La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de Administración de Justicia» en MARTÍN DIZ, F (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*. Andavira editora, Santiago de Compostela, 2011.
- MARTÍN LOPEZ, M.T., «Problemática en torno a la pensión alimenticia» en *Revista de Derecho de familia*, núm. 61/2013.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., «Mediación y guarda y custodia de menores» en MARTÍN DÍZ, F (Coord.), *La mediación en materia de familia y derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011. .
- MARTÍNEZ-PECINO, R.; MUNDUARTE, L.; y MEDINA, F.J., «La gestión de conflictos organizacionales por medios extrajudiciales», en *Papeles del Psicólogo*, 2008, Vol. 29 (<http://www.cop.es/papeles>).
- MEDINA, F.J.; DORADO, M.A.; DE CISNEROS, I; ARÉVALO, A.; MUNDUATE, L., “Secuencias conductuales en la efectividad de la gestión del conflicto” en *Psicothema*, 2003. Vol. 15, nº 1 (<http://www.psicothema.es/pdf/1017.pdf>)
- MEDINA, F.J., “Conflicto y negociación”. <http://www.worldmediation.org/education/capitulo-1-3.pdf>
- MONTERO AROCA, J.; FLORS MATÍES, J.; ARENAS GARCÍA, R., *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 (consultado en <http://www.tirantonline.com/TOL951.956>).
- MONTERO AROCA, J., *Guarda y custodia de los hijos. (la aplicación práctica del artículo 92 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MONTESINOS GARCÍA A., «Mediación on-line», en *Revista de contratación electrónica*, núm. 94, junio 2008.
- MONTOYA SÁNCHEZ, M.A.; PUERTA LOPERA, I., «La mediación familiar. El encuentro de las partes como apertura a la transformación» en *Opinión Jurídica*, vol. 11, nº 22, Julio-diciembre 2012.
- MOORE, C., *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Ed. Granica, Barcelona, 1995.

- MORALES FERNÁNDEZ, M.G., “La mediación, contenido de la tutela judicial efectiva”, en *Mediación es justicia. El impacto de la ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, GEMME, Huygens, Barcelona, 2004.
- MORENO CATENA, V., «Sentencia de ‘La Manada’: ¿benevolencia judicial o pulcritud procesal?», en *Vozpopuli: el valor de ser libres y fiables* (<http://www.vozpopuli.com>).
- MORENO CATENA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.,
- *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 5ª ed.
- *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 3ª ed., 2008.
- MORENO VELASCO, V., «La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución» en *Diario La Ley*, núm. 7899, de 11 de julio de 2012.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., «Valoración del interés superior del menor a la hora de adoptar medidas civiles en situación de conflicto parental» en *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.
- NÚÑEZ IGLESIA, A., «Apuntes sobre el divorcio ante notario y su naturaleza», en *Revista de Derecho Civil*, volumen II, núm. 4, octubre-diciembre de 2015.
- ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L., «Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia» en AAVV., *Separación y Divorcio*, CGPJ, Madrid, 2006.
- OVEJERO BERNAL, *Técnicas de negociación. Como negociar eficaz y exitosamente*, Mac Graw Hill, Madrid, 2004.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre la disposición adicional quinta de la LEC (introducida por la disposición adicional duodécima de la lo 19/2003)» en <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp9ped.pdf>.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 11 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Edersa, Madrid, 1984.
- PERALTA LÓPEZ, E., «La interpretación del principio del interés superior del menor en las medidas paterno-filiales acordadas en situación de violencia de género» en DE PERALTA CARRASCO; ACEDO PENCO y SILV SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho de familia, nuevos retos y realidades. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo*, Dykinson, 2016.
- PÉREZ GALVÁN, M., «Atribución del derecho de uso de la vivienda familiar», en *La Toga*, núm. 183, agosto-octubre 2011.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., «Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores (II)» en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002.

- PÉREZ TESTER, C.; ARAMBURU, I.; DAVINS, M.; AZNAR, B., «La prevención de los conflictos de pareja» en *Familia*, núm. 40, 2010, Universidad Pontificia de Salamanca.
- PÉREZ UREÑA, A.A., «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad» de 1 de septiembre de 2011. En <http://www.elderecho.com>
- PIÑEIRO GONZÁLEZ, «Custodia compartida», en <https://www.mateobuenoabogado.com>.
- POVEDANO, A.; JIMÉNEZ, T.; MORENO, D.; AMADOR, L.V.; MUSITU, G., «Relación del conflicto y la expresividad familiar con la victimización en la escuela: el rol de la autoestima y la sintomatología depresiva y el género de los adolescentes» en *Infancia y Aprendizaje*, nº 35 (4), 2012.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F., *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2011.
- REDORTA, J., «La justicia del futuro», en *Simposio sobre tribunales y mediación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones*, Junio 2009, Barcelona, GEMME.
- REVILLA GONZÁLEZ, J. A., «Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas», en *Estudios sobre consumo*, núm. 79 (2006).
- RIVERA HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.
- ROMERO COLOMA, A.,
- «Enfermedades mentales en los progenitores», en *Diario La Ley*, nº 7037, de 20 de octubre de 2008.
 - «La modificación del régimen de guarda y custodia por voluntad del hijo», en *Diario La Ley*, nº 7600, de 30 de marzo de 2011.
- SARIEGO MORILLO, J.L., «A propósito de los peligros de la custodia compartida en menores de 6 años» en *Lexfamily. Actualidad en derecho de familia* (<http://www.lexfamily.eu>)
- SATUREL, M.; SEPÚLVEDA, D., “Rol mediador de las mujeres en los procesos de consolidación de la paz internacional” en *Revista de mediación. ADR, análisis y resolución de conflictos*, vol. 9, núm. 2. <https://revistademediacion.com>.
- SEGURA, C; GIL, M.J.; SEPÚLVEDA, M.A., «El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil» en *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 12 (43-44), Enero- abril, 2006.
- SOLETO MUÑOZ, H.,
- *El abogado colaborativo*, Tecnos, Madrid, 2017.
 - La mediación conectada a los tribunales» en SOLETO MUÑOZ, H (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

- *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SORIANO IBÁÑEZ, B., «Los procesos de familia y la guarda y custodia en Aragón» en <http://www.fiscal.es>
- TEJEDOR HUERTA, A., «Intervención ante el síndrome de alienación parental» en *Anuario de psicología jurídica*, vol. 17, 2007.
- THOMAS, KW; KILMANN, R., “Instrumento THOMAS-KILMANN de modos de conflicto” (https://www.opp.com/~media/Files/PDFs/Book-Previews/TK-SP0003e_preview.pdf)
- TORRIJOS GIJÓN, P., ¿Resuelves los conflictos siempre igual? 5 formas distintas de hacerlo, en <http://elblogdelmandointermedio.com/2016/04/03/formas-de-resolver-conflictos/>.
- TOUZARD, H., *La mediación y la solución de conflictos*, Herder, Barcelona, 1980.
- WALSTEIN., «Join custody and preschool child» en *Behavioral science & the law*, Vol. 104, spring, 86.
- WATZLAWICK, P; BENAVALAS, J; JACKSON, D., *Teoría de la comunicación humana*, Editorial Herder, Barcelona, 1991, pág. 35.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.,
 - «La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres», en *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, 2002.
 - *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.